

Des clauses d'emploi et de remplacement en matière de valeurs mobilières

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

Présentée et soutenue le 11 Décembre 1936

PAR

André SEMAL

JURY :

Président : M. SOLUS, professeur

Suffragants { *MM. DEMOGUE, professeur*
J. de la MORANDIÈRE, professeur

PARIS

LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE DROIT & DE JURISPRUDENCE

Ancienne Librairie Chevalier-Marescq et C^e et Ancienne Librairie F. Pichon réunies

R. PICHON ET R. DURAND-AUZIAS, ADMINISTRATEURS

Librairie du Conseil d'Etat et de la Société de Législation comparée

20, RUE SOUFFLOT (5^e ARR^t)

1936

Tous droits réservés

THÈSE POUR LE DOCTORAT

*La Faculté n'entend donner aucune approbation
ni improbation aux opinions émises dans les thèses ;
ces opinions doivent être considérées comme propres
à leurs auteurs.*

Des clauses d'emploi et de remplacement en matière de valeurs mobilières

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

Présentée et soutenue le 11 Décembre 1936

PAR

André SEMAL

JURY :

Président : M. SOLUS, professeur

Suffragants { MM. DEMOGUE, professeur
J. de la MORANDIÈRE, professeur

PARIS

LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE DROIT & DE JURISPRUDENCE

Ancienne Librairie Chevalier-Marescq et C^e et Ancienne Librairie F. Pichon réunies

R. PICHON ET R. DURAND-AUZIAS, ADMINISTRATEURS

Librairie du Conseil d'Etat et de la Société de Législation comparée

20, RUE SOUFFLOT (5^e ARR^t)

1936

Tous droits réservés



Des clauses d'emploi et de remploi en matière de valeurs mobilières

INTRODUCTION

L'une des préoccupations dominantes du législateur fut, en réglementant les différents statuts matrimoniaux, de donner aux époux les moyens d'assurer la stabilité de leurs fortunes.

Retrouver à la dissolution du mariage l'intégrité de leurs dots fut toujours le but recherché par les futurs époux et surtout par les futures épouses qui veulent se protéger contre les dilapidations de leurs maris.

Divers régimes ont été ainsi offerts par le législateur au choix des intéressés.

Et si nous examinons dans leurs grandes lignes ces régimes au point de vue de la sécurité qu'y doit trouver la femme mariée pour la protection de ses biens, la méthode nous conduira d'abord à étudier le régime où la gestion du mari ne peut mettre la dot en péril : le régime de la séparation de biens.

Dans ce régime où la femme conserve la *libre* administration de ses biens, soumise seulement pour les actes d'aliénation ou équivalents à l'autorisation maritale, aucune interpénétration des patrimoines des époux et aucune immixtion du mari dans la gestion des biens de la femme ne doivent *en principe*

exister. La femme mariée sous ce régime ne court donc en somme que le danger de sa propre impéritie ou de son ignorance des affaires.

La protéger contre cette incapacité mène de toute évidence à confier en quelque mesure au mari la direction de la fortune de la femme, ce que prévoient le régime dotal et le régime de communauté légale ou réduite aux acquêts.

C'est alors, cette fois, les dangers d'une mauvaise gestion du mari que nous allons rencontrer, dangers auxquels le Code civil a tenté de remédier par des moyens qui, s'ils étaient efficaces en 1804, au moment où les fortunes étaient dans la majeure partie composées d'immeubles, offriraient évidemment peu de garanties aujourd'hui où le machinisme et la création de sociétés ont renversé la situation et étendu considérablement la fortune mobilière, si d'une part la jurisprudence par une interprétation extensive des textes et, d'autre part, la pratique, par l'insertion de diverses clauses dans les contrats de mariage, n'avaient pas adopté le droit à la nécessité des faits.

Faire gérer par le mari le patrimoine de la femme tout en assurant à celle-ci la sécurité : tel était le problème à résoudre.

Si nous examinons donc d'abord le régime qui semble offrir à ce point de vue le plus de sécurité, ce sont les grandes lignes du régime dotal que nous devons esquisser.

La garantie offerte par ce régime, on la trouve dans l'inaliénabilité, l'imprescriptibilité et l'insaisissabilité des biens dotaux. C'est surtout en ce qui concerne la dot immobilière que ces garanties sont efficaces puisqu'aussi bien entre les mains de la femme qu'entre celles du mari l'inaliénabilité établie par la loi est pour ainsi dire absolue et que les seules ex-

ceptions à ce principe visant, soit l'intérêt de la famille, soit l'intérêt des biens dotaux eux-mêmes, sont limitativement énumérées par la loi.

La femme doit donc retrouver en tout état de cause les immeubles même qu'elle a constitués en dot, puisque non seulement une violation du principe d'inaliénabilité rendrait responsable le mari mais aussi entraînerait l'annulabilité de l'aliénation à l'égard des tiers acquéreurs qui, avertis par la publicité ordinaire du contrat de mariage, doivent eux aussi respecter les obligations inhérentes à l'adoption du régime dotal et restrictives de la capacité de la femme.

Mais si la femme se trouve ainsi protégée efficacement par la rigueur même de l'inaliénabilité dotale, elle est en même temps l'esclave de son contrat de mariage. Il est en effet à craindre que cette inaliénabilité n'ait des conséquences fâcheuses sur la vie économique du ménage et sur le maintien de la valeur des immeubles dotaux. Il devient en effet impossible, soit de vendre un immeuble qui se déprécie ou qui est improductif, ou au contraire de profiter d'une période de hausse des prix pour réaliser un bénéfice. La sécurité de la femme a pour corollaire, peut-on dire, la stagnation de sa fortune et c'est là un des inconvénients auquel la pratique, nous le verrons, a tenté de porter remède.

En ce qui concerne la dot mobilière, la jurisprudence, sous l'influence des nécessités pratiques, mais en s'appuyant cependant à l'origine sur la règle usitée jadis dans les pays de droit écrit, l'a assimilée aux immeubles et, lui étendant les dispositions de l'article 1554 du Code civil, a reconnu depuis 1819 ⁽¹⁾ son caractère d'inaliénabilité.

(1) Cass. Civ., 1^{er} fév. 1819 ; Cass. ch. réunies, 14 nov. 1846, D. P. 1847-1-27.

Mais ce caractère en l'espèce ne laisse en réalité à la femme dotale que l'incertitude et ne l'assure nullement de retrouver intacte sa dot mobilière. La dot mobilière est en effet soumise à la seule administration du mari et la même jurisprudence, ancienne et constante ⁽²⁾ qui consacrait son inaliénabilité, admettait également que le mari était le maître de la dot mobilière et qu'il pouvait en cette qualité l'aliéner seul à son gré.

La dot mobilière n'est donc en somme inaliénable qu'à l'égard des créanciers de la femme ou du mari ⁽³⁾ ou qu'autant qu'elle se trouve entre les mains de la femme après une séparation de biens. Mais au contraire le mari est libre d'accomplir seul des actes d'aliénation, au moins à titre onéreux ; il peut vendre seul et au nom de sa femme non seulement les meubles corporels mais aussi les meubles incorporels. Il peut donner à ses créanciers des valeurs dotales en nantissement. Il peut transférer des titre nominatifs ou les faire convertir en titres au porteur. Il peut spéculer avec des deniers dotaux, il peut céder des créances ou des fonds de commerce.

La restitution de la dot qui en principe doit s'effectuer en nature, ne peut dans ce cas que s'effectuer en valeur, et la femme dotale n'a plus qu'une créance contre son mari soumise à tous les aléas que peut présenter la solvabilité de ce dernier.

(2) Cass. Civ. 6 déc. 1859, D. P. 1859-1-501.

Cass. Civ. 12 août 1846, D. P. 1846-1-296.

(3) Nous adoptons cette opinion que les créanciers du mari ne peuvent avoir d'action sur la dot mobilière. La question fut cependant controversée. On a prétendu que le mari ayant le droit d'aliéner la dot mobilière ses créanciers avaient en conséquence le droit de la saisir.

Mais on a pu faire observer à juste titre que le mari n'est en réalité que l'administrateur des biens dotaux et que ses pouvoirs de disposition ne sont exercés qu'en cette qualité et au nom de la femme. De sorte que les créanciers du mari ne peuvent acquérir de droits sur des biens qui ne sont pas la propriété de leur débiteur.

Ces mêmes dangers qui naissent des fonctions d'administrateur du mari, on les retrouve également dans les régimes de communauté légale et surtout de communauté réduite aux acquêts.

La confusion des propres mobiliers de la femme avec les biens communs et l'insuffisance de ceux-ci et des propres du mari pour en permettre sûrement la reprise sont de toute évidence les périls à redouter.

Sans doute l'article 1428 du Code civil refuse au mari le droit d'aliéner seul les immeubles propres à la femme et la jurisprudence a-t-elle étendu cette interdiction aux meubles propres, de sorte *qu'en principe* tous les propres de la femme sont à l'abri des dilapidations du mari. Mais il n'en est ainsi qu'autant qu'il s'agit de propres parfaits. Au contraire lorsqu'il s'agit de propres imparfaits : argent ou autres biens consommables par le premier usage, et qui sont soumis au quasi usufruit de la communauté, le mari possède sur ces biens confondus avec ceux de la communauté les mêmes pouvoirs que sur les biens communs.

Ceci ne présenterait à vrai dire que des inconvénients relatifs si on n'envisageait que les propres imparfaits apportés par la femme au jour du mariage. Il n'est généralement pas dans les habitudes d'apporter en dot des espèces mais bien plutôt des valeurs mobilières ou des immeubles.

Mais il faut surtout envisager les aliénations possibles au cours du mariage. Le mari administrateur des propres de la femme a, seul, dans ce cas, qualité pour encaisser les prix des meubles ou des immeubles vendus. De sorte que chaque fois que des propres parfaits se transformeront, par une aliénation quelconque, en propres imparfaits, chaque fois que le mari deviendra en sa qualité de chef de com-

munauté détenteur d'argent appartenant à sa femme, cet argent s'intégrera à la communauté et la femme n'aura plus qu'une reprise en valeur à exercer à la dissolution de la communauté, soumise là encore aux aléas d'une bonne ou mauvaise gestion du mari.

Et s'il est possible de dire que la femme commune en biens se trouve en quelque sorte mieux protégée que la femme dotale contre les actes d'aliénation du mari portant sur les meubles propres, puisqu'une aliénation régulière ne peut être faite que par elle-même sous l'autorisation de son mari, il est aussi vrai de remarquer que cette protection est bien souvent illusoire.

Non seulement en effet une pression quelconque du mari peut inciter la femme à consentir une aliénation, mais surtout à l'époque où la majeure partie des fortunes mobilières se trouve composée de titres au porteur, rien n'empêche le mari de procéder seul à une négociation de ces titres puisqu'il lui suffit de les détenir sans avoir à justifier de leur origine ni d'une possession légitime pour en être censé le seul propriétaire.

Sans doute l'administration des propres de la femme ne confère pas juridiquement au mari le pouvoir d'aliéner ces propres mobiliers comme peut le faire le mari de la femme dotale qui a l'administration de la dot mobilière, mais en fait, grâce à la protection de l'article 2279 du Code civil, le mari qui se présente aux tiers comme le seul propriétaire par le seul fait qu'il est possesseur des titres au porteur, peut valablement vis-à-vis de ces tiers leur aliéner ces titres.

Inspirés du vieux principe romain « *Res mobilis res vilis* » qui jusque-là était encore à peu près exact, le législateur de 1804 n'avait pu prévoir alors dans toute leur ampleur ces difficultés dues aujourd'hui à

l'évolution des régimes économiques et qui se sont multipliées avec le développement des valeurs mobilières. La pratique a donc recherché les moyens de remédier utilement à ces inconvénients graves. Et grâce à l'insertion dans les contrats de mariage des clauses d'emploi et de remploi elle s'y est efforcée de son mieux.

Rechercher le but, la portée, l'efficacité de ces clauses eu égard notamment au développement actuel des valeurs mobilières : tel est le travail que nous nous proposons.

PREMIERE PARTIE

**But et utilité des clauses d'emploi
et de emploi**

CHAPITRE PREMIER

QU'EST-CE QUE LA CLAUSE D'EMPLOI ? SON UTILITE, SA PORTEE

Les clauses d'emploi et de remploi ne sont pas en réalité une innovation récente. Elles étaient déjà pratiquées dans l'Ancien droit et les coutumiers y font allusion.

Mais elles n'avaient pas alors la portée et le but que la pratique et les nécessités actuelles leur assignent.

On admettait en effet dans l'Ancien droit que l'aliénation d'un propre immobilier de la femme — et on se souvient qu'à cette époque il n'était guère question que d'immeubles — ne permettait même pas à celle-ci d'exercer une reprise en valeur sur la communauté ou sur son mari. Les deniers représentants l'immeuble aliéné tombaient définitivement en communauté ⁽¹⁾.

Pour remédier à cette situation, peu équitable, la pratique imagina d'insérer dans les contrats de mariage une clause qui avait pour effet de réserver aux époux la possibilité de « faire remploi du prix de l'immeuble vendu » ou à défaut la faculté d'exercer un prélèvement sur les biens communs.

(1) Loysel, *Institutes coutumières* n° 116.

Il s'agissait surtout en somme de réserver à la femme le droit à récompense en cas d'aliénation d'immeubles propres et d'éviter que le prix représentant ces immeubles ne tombe en communauté.

De même lorsque l'époux apportait des deniers en mariage, la clause d'emploi de ces deniers avait pour effet d'empêcher leur entrée en communauté ⁽²⁾.

A cette époque la clause de remploi et d'emploi n'avait donc en somme que la valeur d'une clause de réalisation des meubles, son but était de réserver à la femme la propriété des meubles qu'elle possédait au moment du mariage ou qui lui adviendraient par suite d'aliénations en cours de mariage.

Le remploi dans ces hypothèses n'était d'ailleurs qu'une faculté que se réservait l'époux stipulant.

Tel n'est plus aujourd'hui le but des clauses de remploi ou d'emploi. Depuis longtemps on avait réussi à faire admettre, même dans l'Ancien droit, que la femme avait droit à récompense en cas d'aliénation de ses immeubles propres même en l'absence de toute clause de remploi, et c'est la solution adoptée expressément par le Code Civil (art. 1433).

Et d'autre part l'époux qui veut se réserver la propriété des effets mobiliers qu'il possède au mariage adopte usuellement le régime de communauté réduite aux acquêts.

Le but que l'on poursuit aujourd'hui c'est, nous l'avons vu, de protéger la femme contre les dilapidations du mari détenteur de ses propres imparfaits dans le régime de communauté, ou maître de la dot mobilière dans le régime dotal. C'est aussi parer aux dangers de la stagnation économique des immeubles rendus inaliénables, en permettant leur aliéna-

(2) Art. 93 de la coutume de Paris.

tion, mais en assurant en même temps la sécurité de retrouver la valeur des sommes produites par ces aliénations.

Le moyen d'atteindre ce but : c'était d'ajouter aux règles légales, qui constituent l'armature des régimes matrimoniaux, une *obligation* nouvelle à la charge du mari : l'obligation de faire emploi des deniers propres de la femme et de remployer le produit des ventes des immeubles ou des effets mobiliers propres ou dotaux suivant les régimes adoptés, d'en faire le placement en certains biens déterminés : immeubles ou valeurs mobilières.

Encore fallait-il aussi pour que toute sécurité soit assurée à la femme que ces biens ainsi acquis avec le produit de biens propres ou dotaux gardent ce même caractère juridique. La jurisprudence coutumière avait depuis longtemps admis que le bien acquis à la place d'un propre et pour en tenir lieu était propre lui-même par le fait qu'il se trouvait fictivement subrogé à ce propre, et prenait ainsi la même qualité juridique que le bien qu'il remplaçait ⁽³⁾.

Le législateur de 1804, s'inspirant de ce principe, le reprit à son tour et fixa dans les articles 1434 et 1435 du Code civil les conditions auxquelles pouvait s'opérer cette subrogation réelle.

Rendre *obligatoire* ce remploi dont le Code civil, laissant aux parties dans le régime de communauté la faculté d'user de ce procédé, n'avait fait que fixer les conditions d'efficacité, tel est avant tout l'effet de la clause d'emploi et de remploi.

Comment cette obligation de placement des propres ou de la dot de la femme peut-elle remédier aux inconvénients que nous avons exposés, c'est ce qu'il

(3) Pothier. Traité de la communauté, n° 197.

nous faut maintenant examiner, d'abord quant au régime de communauté, ensuite quant au régime dotal.

a) REGIME DE COMMUNAUTE

Nous avons vu que dans ce régime la femme conserve toute liberté d'aliéner ses propres à la seule condition d'y être autorisée par son mari, que d'autre part celui-ci, chef de la communauté et administrateur des propres, a, en cas d'aliénation, seul, qualité pour recevoir le montant des prix et en général tous les capitaux propres appartenant à la femme, que cette prérogative peut l'inciter en fait à faire vendre par la femme ses propres parfaits pour en utiliser la valeur. Nous avons vu que dans ce cas la femme n'était plus qu'une créancière de son mari et de la communauté.

La clause d'emploi et de remploi restreint au contraire les pouvoirs du mari.

La femme apporte-t-elle des espèces en mariage, c'est toujours le mari qui les encaisse, mais il est obligé de les placer de la manière stipulée au contrat ; et l'objet de ce placement devenu propre lui-même puisque subrogé à un propre ne peut être aliéné sans encore être remployé.

Un immeuble propre est-il vendu, des obligations, des actions sont-elles négociées ou remboursées, des droits de souscription sont-ils cédés, que leur valeur ne se confondra pas à la communauté. Ils se trouveront immédiatement remplacés dans le patrimoine de la femme par d'autres biens, immeubles, valeurs mobilières.

Toute confusion des patrimoines est donc ainsi évitée, puisque les propres parfaits se trouvent rempla-

cés par d'autres propres parfaits malgré les changements apportés dans la composition du patrimoine.

La clause de remploi empêche donc la transformation définitive des propres parfaits en propres imparfaits, le mari n'est plus ainsi le détenteur de propres imparfaits soumis au quasi-usufruit de la communauté, et dans la mesure du possible il ne peut plus ni manipuler ni conserver de deniers appartenant à sa femme.

La femme au lieu d'avoir la situation précaire d'une créancière conserve celle beaucoup plus sûre de propriétaire. Lors de la liquidation de la communauté, elle n'aura qu'une reprise en nature à exercer conformément à l'article 1470 du Code civil, et elle sera à l'abri d'un concours quelconque avec les créanciers de la communauté sur les biens mobiliers qui la composent ou même d'une insolvabilité complète du mari.

La clause de remploi, limitant les pouvoirs du mari, assure ainsi une reconstitution incessante du patrimoine propre de la femme commune en biens.

Nous aurons plus loin à examiner les diverses variétés de clauses d'emploi et de remploi, mais il est cependant nécessaire d'observer dès à présent que la seule obligation faite au mari de placer les deniers propres ou les produits des aliénations des propres serait dans certains cas insuffisante encore à garantir les reprises de la femme.

Le mari conserve en effet ses pouvoirs d'administrateur des propres. C'est toujours lui qui a qualité pour encaisser les capitaux revenant à la femme.

L'obligation d'emploi ou de remploi qui lui est faite n'est qu'une obligation de faire, dont l'inexécution se résout en dommages-intérêts (1142 du C. civ.).

Entre l'instant où il encaisse l'argent et le moment où il doit faire le placement, le mari n'en a pas moins

cet argent à sa disposition et peut le dilapider ou l'employer dans son intérêt personnel. Sans doute si un délai pour opérer le remploi a été stipulé au contrat de mariage, la femme peut-elle à l'expiration de ce délai se faire autoriser par justice à effectuer le remploi elle-même ⁽⁴⁾, mais l'efficacité de cette autorisation est encore subordonnée à la condition que ses fonds soient encore disponibles et facilement récupérables par exemple dans un compte en banque que se serait fait ouvrir le mari.

Dans l'hypothèse où au contraire on se heurte à l'inertie du mari et où les fonds sont déjà disparus, à quoi servirait l'action en responsabilité que la femme aurait contre son mari puisqu'en tout état de cause il serait tout aussi insolvable pour lui payer des dommages-intérêts que pour lui rembourser le montant de ses reprises ?

L'efficacité de l'obligation d'emploi ou de remploi se trouve donc en fait subordonnée à l'honnêteté du mari.

Il faut en effet observer que le régime de communauté n'emporte par lui-même aucune indisponibilité des propres de la femme et que la règle générale est la liberté d'aliéner. La capacité est la règle, l'incapacité l'exception. La conséquence en est que l'obligation de remploi ne s'impose qu'au seul mari sans que les tiers soient eux-mêmes liés par la clause de remploi ⁽⁵⁾.

Pour que la protection attendue de cette clause s'exerce réellement, il est donc nécessaire que le contrat de mariage rende également le remploi obligatoire pour les tiers qui interviennent dans la négocia-

(5) Civ. 1^{er} mars 1859, D. P. 1859-1-122 ; Req. 19 juillet 1865,

(5) Civ., 1^{er} mars 1859 ; D. P. 1859-1-222 ; Req. 19 juillet 1865, D. P. 65-1-431.

tion, et qui seront eux-mêmes, au moment où ils remettent les fonds au mari, chargés de veiller, sous leur responsabilité, à l'exécution du remploi.

De sorte qu'ainsi la force obligatoire de la clause de remploi se trouve élargie par le nombre des obligés, et l'inexécution de l'obligation permettra en tous cas à la femme d'avoir devant elle plusieurs responsables d'une solvabilité moins douteuse.

b) REGIME DOTAL

Le caractère essentiel du régime dotal, il est superflu de le répéter, c'est l'inaliénabilité de la dot.

La règle générale est l'incapacité d'aliéner, alors que nous avons vu au contraire dans le régime de communauté que la règle était la capacité.

Les clauses d'emploi ou de remploi qui avaient pour but de restreindre les pouvoirs de disposition du mari sur les propres imparfaits de la femme ont au contraire dans le régime dotal l'effet d'assouplir la règle trop stricte de l'inaliénabilité. Le but essentiel est ici d'accroître les pouvoirs des époux au moins sur la dot immobilière, car en ce qui concerne la dot mobilière les pouvoirs du mari s'en trouveront dans une certaine mesure limités. On autorisera donc l'aliénation de la dot, mais seulement à charge d'en opérer le remploi.

L'obligation de remploi n'est pas par elle-même extensive de la capacité d'aliéner la dot, mais elle permet en réalité cette aliénation car la clause de remploi a toujours pour corollaire l'autorisation d'aliéner et ne peut avoir d'ailleurs sa raison d'être qu'en fonction de l'existence de cette autorisation.

Le caractère dominant de la clause de remploi, caractère commun au régime dotal et au régime de

communauté, c'est son but de perpétuation de la qualité juridique d'un bien malgré les transformations nécessitées par la vie économique. Nous allons essayer de dégager comment la clause de remploi atteint ce but dans le régime dotal et comment elle réussit à protéger les intérêts de la femme et dans une certaine mesure ceux du mari.

Contrairement à ce qui se passe dans le régime de communauté, la subrogation réelle par suite de l'emploi ou du remploi ne se produit pas de plein droit et sous la seule condition d'observer les formes prescrites par les articles 1434 et 1435 du Code civil.

Les époux ne peuvent pas user à leur volonté des règles du remploi pour faire conserver le caractère dotal à un bien acquis de deniers dotaux.

La subrogation réelle ne se produit qu'autant que le remploi est rendu obligatoire soit par la loi soit par les conventions matrimoniales des époux.

C'est ainsi que dans les cas où la loi permet l'aliénation d'un immeuble dotal, l'excédent du prix de la vente qui n'est pas utilisé aux besoins pour lesquels l'immeuble a été vendu doit être obligatoirement employé au profit de la femme et garde alors son caractère dotal (art. 1558 C. civ.).

De même grâce à l'obligation conventionnelle d'emploi ou de remploi, condition de l'autorisation d'aliéner les immeubles, la dot conserve son caractère réel alors que la seule autorisation d'aliéner sans obligation de remploi altérerait complètement l'harmonie du régime dotal dont le caractère essentiel est l'inaliénabilité, et ne laisserait à la femme qu'un droit de créance contre son mari sans aucune des garanties de la dotalité.

Au contraire le bien dotal aliéné et remployé conformément aux conventions de mariage, conserve encore malgré tout son caractère d'inaliénabilité, d'in-

saisissabilité et d'imprescriptibilité. Et ce caractère dotal il le conserve uniquement grâce à la force obligatoire de la clause de remploi stipulée au contrat de mariage, car en son absence aucune subrogation n'aurait pu se produire.

Ainsi, en l'absence de clause de remploi, si, contrairement aux obligations nées de l'adoption du régime dotal, un mari vendait un immeuble dotal et utilisait le prix à racheter un autre immeuble à titre de remploi, malgré l'acceptation du remploi par la femme, cet immeuble ne serait pas dotal. Sans doute la femme aurait-elle — et ceci est une autre question — la faculté d'exercer une action en nullité et en responsabilité relativement à la vente de son premier immeuble qui était inaliénable, mais il lui serait en tous cas impossible de prétendre que l'immeuble acquis en remploi lui appartient à titre dotal.

S'appliquant à la dot mobilière, l'effet de la clause d'emploi et de remploi n'est pas moins remarquable.

Alors que la clause de remploi augmentait les pouvoirs des époux en leur permettant d'aliéner les immeubles dotaux, l'obligation de placer les meubles dotaux restreint considérablement les pouvoirs du mari, puisque l'on sait qu'aux termes du droit commun le mari est maître absolu de la dot mobilière, même pour les valeurs telles que les titres nominatifs qui sont immatriculés au nom de la femme.

Obligé désormais à faire emploi des meubles dotaux, deniers ou valeurs, son pouvoir absolu d'aliénation se trouve conditionné par cette obligation d'emploi ou de remploi. Il ne peut plus être détenteur de deniers dotaux, il ne peut plus vendre de valeurs mobilières sans aussitôt en effectuer le placement, ce qui met la dot à l'abri de toute dilapidation et en assure la reconstitution à tous moments.

Cette restriction des pouvoirs du mari sur la dot mobilière, sensiblement analogue à celle du mari commun en biens (à cette différence près que le mari peut disposer *seul* de tous les meubles dotaux), a cependant cette particularité d'avoir pour corollaire l'extension des pouvoirs de la femme dotale et séparée de biens.

Aux termes du droit commun, l'inaliénabilité des meubles dotaux est en effet absolue lorsqu'ils se trouvent entre ses mains postérieurement à une séparation de biens. Or la clause qui restreignait la capacité d'aliéner du mari permet au contraire à la femme d'aliéner elle aussi ses meubles mais à charge de remploi. A l'égard de la femme la clause produit donc les mêmes effets qu'à l'égard du mari lorsqu'il s'agissait d'immeubles dotaux.

Concernant la dot mobilière, et en dehors de la limitation des pouvoirs du mari qui est à ce sujet extrêmement efficace, la clause d'emploi et de remploi est encore utile d'une autre manière pour assurer la reconstitution du patrimoine dotal qui est avant tout un patrimoine d'affectation.

Nous avons en effet posé plus haut que la subrogation réelle ne se produisait pas de plein droit sous le régime dotal. Ce principe d'application générale a été tiré d'un texte spécial à la dot mobilière, l'article 1553 du Code civil.

Aux termes de cet article, « l'immeuble acquis de deniers dotaux n'est point dotal si la condition de l'emploi n'a été stipulé par le contrat de mariage. Il en est de même de l'immeuble donné en paiement de la dot constituée en argent. »

De sorte qu'à défaut de clause d'emploi, aucune subrogation réelle ne se produit entre les deniers dotaux et l'immeuble acquis de ces deniers au nom de

la femme encore que le remploi fut accompli en observant les formes prescrites. Et, ce qui est gros de conséquence, c'est que la jurisprudence, dans le silence du texte, en a inféré que cet immeuble devenait paraphernal ⁽⁶⁾, c'est-à-dire qu'il échappait à l'administration et à la jouissance du mari, et qu'il devenait aliénable sans réserves par la femme. Par conséquent un élément mobilier de la dot qui était soumis à la jouissance et à l'administration du mari, qui était sans doute aliénable par lui mais inaliénable entre les mains de sa femme, devient ainsi aliénable entre les mains de celle-ci, il change de caractère juridique, ce qui retire en réalité tout le caractère de patrimoine d'affectation spécial au régime dotal.

Sans doute la jurisprudence a-t-elle corrigé quelque peu ces conséquences en permettant d'une part au mari de se faire remettre par sa femme les revenus de l'immeuble ⁽⁷⁾ et d'autre part grâce à la théorie dite de la « dot incluse » en permettant en cas d'aliénation de retrouver la valeur dotale ⁽⁸⁾, mais il faut observer que l'efficacité de ces moyens est subordonnée d'une part à la bonne administration de la femme, et d'autre part à la connaissance expresse que l'immeuble contient une valeur dotale.

Ce qui peut être également grave c'est que la jurisprudence ne considère pas seulement que cet article 1553 s'applique à la seule acquisition d'immeubles au moyen de deniers dotaux.

On aurait pu penser que le but de la disposition de l'article 1553 était de ne pas accroître l'inaliénabilité.

(6) Cass. Civ. 22 février 1905, D. P. 1905-1-241. Cass. civ. 21 nov. 1871, D. P. 1871-1-291.

(7) Riom, 11 février 1809, S. Ch. Guillouard, t. IV, n° 1742. Pianiol et Ripert, t. IX, n° 1284.

(8) Civ. 12 avril 1870, D. P. 70-1-264.

bilité ; les meubles étant aliénables par le mari, rendre dotal l'immeuble acquis, c'était en réalité lui retirer une partie des pouvoirs d'aliénation qu'il tenait cependant du contrat de mariage où était constituée une dot mobilière soumise à son administration. On aurait pu penser qu'il était encore préférable dans ce cas de faire de l'immeuble un bien paraphernal.

Mais cette thèse se trouve alors controuvée puisque la jurisprudence applique le même principe de l'article 1553 à l'acquisition de meubles : « les meubles acquis de deniers dotaux ne sont point dotaux à défaut de clauses d'emploi ⁽⁹⁾ ».

Dans cette hypothèse, la justification de l'article 1553 tirée, s'agissant de l'acquisition d'immeubles, de l'inconvénient à frapper d'inaliénabilité un bien qui était aliénable par le mari, ne peut plus alors se soutenir puisque le mari aurait conservé ses mêmes pouvoirs d'aliénation sur les meubles acquis de deniers dotaux que sur ces deniers eux-mêmes.

La doctrine a beaucoup discuté sur le caractère de cette règle, le cadre de cet ouvrage ne nous permet pas de nous étendre sur ces discussions.

Mais ce qu'il faut retenir c'est qu'il est constant qu'à défaut de clause d'emploi, le meuble acquis de deniers dotaux ou du produit de la vente de meubles dotaux, devient lui aussi paraphernal. Aucune subrogation réelle ne se produit.

Sans doute en matière mobilière, cet inconvénient n'apparaît pas d'une façon fréquente : tant que le mari est détenteur de la dot mobilière, les acquisitions qu'il fait soit au moyen d'espèces dotales, ou du produit de l'aliénation d'un meuble dotal, d'une va-

(9) Req. 17 mai 1881, D. P. 1882-1-110 ; Rouen, 12 août 1904, D. P. 1907-2-169.

leur mobilière en particulier, ne révèlent pas le plus souvent leur origine.

Le mari peut par exemple acheter des titres au porteur avec des deniers dotaux ou même avec le produit de titres nominatifs qu'il peut aliéner ⁽¹⁰⁾, les titres au porteur ne deviennent pas pour autant paraphernaux. Le mari n'a qu'une obligation de restitution en deniers à la dissolution du mariage.

Mais si le mari s'avisait d'acheter au nom de sa femme un titre nominatif, même en indiquant l'origine dotale ce titre serait paraphernal. Et dans ce cas encore, il échapperait à son administration, à sa jouissance, deviendrait aliénable par la femme, qui pourrait opérer la conversion au porteur, avec toutes les facilités de vente procurées par la forme de ce titre. L'application même de la théorie de la dot incluse serait ainsi à peu près impossible.

On voit par conséquent combien peut être utile aussi bien pour la femme que pour le mari, l'insertion d'une clause de remploi dans leur contrat de mariage, puisque grâce à cette clause, les acquisitions faites de deniers dotaux garderont leur caractère dotal, qu'il s'agisse d'immeubles ou de valeurs mobilières.

On peut peut-être dire que la femme n'a plus pour ses immeubles, ainsi rendus aliénables, une garantie aussi intangible, mais elle y gagne d'autre part d'être

(10) Certains auteurs (Saleilles) : *De l'aliénation des valeurs mobilières par les administrateurs du patrimoine d'autrui*, n^o 378 et Julliot, p. 270 et s. estiment que la stipulation de dotalité sur un titre nominatif rend ce titre indisponible ou du moins le rend seulement aliénable avec le concours de la femme.

Il nous semble plus conforme à la jurisprudence de considérer que le mari peut seul aliéner un titre nominatif sans le consentement de sa femme. (En ce sens : Planiol et Ripert, t. IX n^o 1106) et bien qu'il porte mention de son caractère dotal. (Voir aussi : Buchères, *Valeurs mobilières*, n^o 122).

protégée contre le risque de désagrégation d'un patrimoine inerte et stérile, et d'autre part elle retrouve sa garantie dans l'obligation de emploi.

Par ailleurs en ce qui concerne la dot mobilière à l'heure où la majorité des fortunes se compose de valeurs mobilières, l'obligation de emploi protège efficacement la femme contre les pouvoirs exorbitants du mari qui pouvait les aliéner à sa discrétion.

Cette protection s'exerce d'autant mieux qu'à l'inverse de ce qui se passe dans le régime de communauté, la clause de emploi est de plein droit obligatoire pour les tiers, et que la sanction de l'inexécution du emploi serait la nullité de l'aliénation.

La règle du régime dotal, c'est en effet l'inaliénabilité absolue, l'incapacité ; de sorte que ceux qui participent à une négociation quelconque n'ont pu acquérir ou transmettre de droits que dans les limites et dans les conditions de capacité fixées par le contrat de mariage ⁽¹¹⁾.

C'est donc de plein droit une obligation extrêmement rigoureuse qui pèse sur les tiers par suite de l'adoption d'une clause d'aliénabilité à charge de emploi.

Cette rigueur, la pratique, nous le verrons, a essayé de la tempérer. Et bien souvent les époux stipulent que certains tiers ne seront pas responsables du emploi.

c) CONCLUSION

Et ceci nous amène alors à constater que la clause d'emploi et de emploi usitée dans chacun des deux

(11) On aurait pu se demander si les meubles étant aliénables entre les mains du mari, la clause de emploi était de droit obligatoire pour les tiers. La jurisprudence l'admet. Cass. Civ. 26 fév. 1912, D. P. 1912-1-159.

régimes matrimoniaux que nous venons d'examiner a pour effet remarquable dans l'un et dans l'autre régime, dans un but et un esprit différents et même opposés de composer en somme un régime conventionnel sensiblement analogue dans ses conséquences.

On a cherché à restreindre dans le régime de communauté les pouvoirs de disposition du mari sur les propres imparfaits. La règle était l'aliénabilité absolue, on a voulu en faire une aliénabilité sous condition : sous la condition de remploi.

Dans le régime dotal où l'inaliénabilité est la règle, on a cherché au contraire à augmenter les pouvoirs des époux sur la dot immobilière et aussi ceux de la femme séparée de biens sur la dot mobilière et immobilière ; on a au contraire restreint les pouvoirs du mari sur la dot mobilière qui était aliénable entre ses mains.

De même que dans le régime de communauté : les meubles et les immeubles ont ainsi été rendus aliénables sous la même condition : la condition de remploi. La seule différence qui subsiste, c'est le maintien de l'insaisissabilité et de l'imprescriptibilité dotales.

Il n'est pas jusqu'au principe de l'obligation des tiers de garantir le remploi qui n'ait eu pour effet d'assimiler les deux régimes, puisque tour à tour, dans le régime de communauté où l'irresponsabilité est la règle, on a tenté de les rendre responsables par une disposition spéciale du contrat de mariage et que dans le régime dotal où la responsabilité est de droit, on a essayé au contraire de restreindre cette responsabilité.

La clause de remploi a donc cet effet curieux de placer les époux sous un régime qui est pour ainsi dire un régime mixte, une sorte de « *no man's land* » juridique, qui n'est plus tout à fait le régime de com-

munauté ni plus tout à fait le régime dotal, mais qui se rapprochant de l'un et de l'autre présente l'avantage incontestable d'assurer le maintien de la valeur du patrimoine de la femme et de garantir, à la dissolution du mariage, la restitution de sa dot en nature.

CHAPITRE II

COMMENT LA CLAUSE D'EMPLOI ET DE REMPLOI REMPLIT-ELLE SON BUT EN MATIERE DE VALEURS MOBILIERES?

Dans le cadre de l'application de la clause de remploi aux règles générales du droit, il existe des difficultés particulières et spéciales au régime juridique des valeurs mobilières qui estompent quelque peu l'efficacité de la stipulation.

Ces difficultés tiennent tant à la forme des titres qu'aux moyens employés pour en transférer la propriété.

SECTION I

TITRES NOMINATIFS

§ 1. — COMMENT S'APPLIQUE DONC LA CLAUSE DE REMPLOI EN CE QUI CONCERNE LES TITRES NOMINATIFS DE LA FEMME ?

Examinons d'abord l'hypothèse où les titres nominatifs appartenait déjà à la femme au moment du mariage.

La clause de remploi étant l'œuvre du contrat de mariage et le titre nominatif appartenant à la femme

dès avant le mariage, n'est pas lui-même par conséquent le produit d'une opération de emploi et ne révèle par intrinsèquement l'obligation de placement qui pèse tant sur le mari que sur les tiers si le contrat oblige aussi ces derniers à surveiller cette opération.

Mais il révèle cependant le nom de sa propriétaire et par conséquent qu'il dépend du patrimoine de la femme et lorsque l'on voudra : soit procéder à une aliénation, soit à une conversion au porteur, soit au remboursement du titre par l'établissement débiteur, celui-ci exigera usuellement la justification de la capacité de la propriétaire du titre, et lorsqu'il s'apercevra que celle-ci est mariée il exigera encore l'accomplissement de diverses formalités de nature à dégager sa responsabilité.

§ 2. — S'AGIT-IL D'ABORD D'UNE ALIÉNATION ?

Cette aliénation doit s'opérer par la voie d'un transfert sur les registres de l'établissement débiteur.

L'établissement débiteur n'opérera le transfert qu'après s'être assuré de la capacité des parties telle que l'a réglée le régime matrimonial. — Et pour ce il exigera la communication du contrat de mariage. — Cette communication permettra de fixer d'abord qui a qualité pour procéder à l'aliénation et signer la feuille de transfert et de l'édifier sur l'aliénabilité du titre et l'existence d'une clause de emploi.

Si la négociation a lieu par l'intermédiaire d'un agent de change, celui-ci exigera également semblable communication du contrat de mariage et nous verrons plus loin que, parfois, les établissements débiteurs ont même substitué à leur propre contrôle et à leur propre responsabilité, ceux de cet Officier Ministériel.

Possédant des titres nominatifs, la sécurité de la femme se trouve donc garantie de deux manières, au cours d'une aliénation, par la communication de son contrat de mariage :

1° Par le contrôle de la capacité du vendeur et aussi par son intervention personnelle.

a) S'agissant d'une femme commune en biens on exigera en effet sa signature sur la feuille de transfert, car le mari n'a pas le pouvoir d'aliéner les meubles propres. — La question est simple à résoudre.

b) Mais s'agissant d'une femme dotale, et l'établissement débiteur ayant ainsi connaissance de la nature dotale du titre nominatif (soit parce que le titre porte mention de sa dotalité, soit parce que la femme l'avait acquis avant son mariage et que ce caractère dotal est révélé par le contrat de mariage), on peut se demander dans quelles conditions l'aliénation peut s'accomplir, qui a qualité pour vendre ?

La règle générale que nous avons déjà examinée c'est que le mari a le droit d'aliéner les meubles dotaux en sa qualité d'administrateur des biens dotaux.

Certains auteurs ⁽¹⁾ estiment que la révélation du caractère dotal du titre nominatif en empêche l'aliénation au même titre que pour un immeuble.

D'autres auteurs, moins stricts et d'accord en cela avec la pratique de certains établissements, estiment pour leur part que l'aliénation est possible mais seulement à condition d'obtenir le concours de la femme et sa signature pour dégager la responsabilité de l'établissement émetteur.

Pour notre part nous ne partageons pas cette opinion et nous pensons que la pratique des établissements qui exigent ainsi la signature de la femme do-

(1) Planiol et Ripert, t. IX, n° 1112. Saleilles, *op. cit.*, n° 378. Contra, Julliot, *op. cit.*, p. 270. Cour des Comptes, 15 juin 1877. Trib. Seine, 10 juillet 1860, *Le Droit*, 20 juillet 1860.

tale pour procéder à une aliénation d'un titre nominatif est contraire aux règles fixées par la jurisprudence.

Celle-ci, nous l'avons dit, décide unanimement que l'administration des biens dotaux donne au mari le pouvoir d'aliéner seul les meubles dotaux, même s'il s'agit de meubles incorporels (créance, fonds de commerce, etc.), mais que leur inaliénabilité persiste entre les mains de la femme.

Il ne semble pas qu'il y ait alors de raisons spéciales de restreindre les pouvoirs du mari quand il s'agit de titres nominatifs quand on admet qu'il a le droit de céder des créances.

Et on ne peut admettre en tous cas la légalité des usages des établissements émetteurs qui, s'ils reconnaissent au mari le pouvoir d'aliéner, le subordonnent au concours de la femme ⁽²⁾. Puisque l'on considère que les meubles sont inaliénables au regard de la femme on ne comprend pas que sa signature puisse valider une aliénation qui ne serait pas valable par le mari seul.

Il semble par conséquent plus correct de rester dans la ligne tracée par la jurisprudence en disant que les établissements émetteurs ne peuvent pas se refuser à effectuer le transfert d'un titre nominatif dotal, à la demande du mari *seul*.

2° Mais c'est ici qu'intervient alors le second élément de contrôle protecteur des intérêts de la femme et l'utilité de la clause de remploi.

En effet si le contrat de mariage contient une telle clause, ces pouvoirs d'aliénation, la capacité des parties, s'en trouveront limités puisque l'aliénation ne peut avoir lieu qu'à charge de remploi. — Et, soit l'établissement débiteur, soit l'agent de change subor-

(2) Planiol et Ripert, t. IX, *loc. cit.* et n° 1106.

donneront le transfert à la justification du emploi.
— Le mari sera ainsi obligé de replacer le produit de la négociation.

§ 3. — IMMATRICULATION DES TITRES

Ces moyens de contrôle, un peu difficiles à mettre en œuvre quand le titre appartient à la femme dès avant son mariage et que son immatricule ne contient pas la mention de l'obligation de emploi, se trouvent facilités et encore plus efficaces en évitant des erreurs, si la femme a stipulé que son mari devait faire mentionner sur ses titres nominatifs la clause de emploi.

§ 4. — RESPONSABILITÉ

Par la nature même du titre nominatif, la chaîne des responsabilités est cependant jusqu'à un certain point limitée.

En effet, lorsqu'il s'agit, comme cela se produit le plus souvent, d'une négociation en bourse par l'intermédiaire d'un agent de change, le tiers acquéreur ne connaît pas la personnalité de son vendeur. — L'agent de change est en effet un commissionnaire du croire qui ne découvre pas son mandant et, s'il s'agit de titres essentiellement nominatifs, l'agent de change vendeur fait procéder d'abord à un transfert d'ordre au nom de l'agent de change acheteur, qui lui-même fait après un transfert au nom de son client. S'il s'agit au contraire de titres autres que ceux essentiellement nominatifs, il est de règle (art. 1^{er} décret du 25 octobre 1934) que les agents de change ne se livrent entre eux que des titres au porteur et l'Officier Ministériel vendeur fait d'abord convertir au

porteur le titre nominatif avant d'en effectuer la livraison.

L'acheteur ignore donc la provenance de son acquisition et les conditions de capacité de son vendeur. — N'intervenant pas directement dans la négociation il n'a pas à se préoccuper de l'existence d'une clause de remploi ou de la réalisation du remploi.

Il n'en serait autrement qu'en cas de transfert réel ou marché direct : où les parties (vendeur et acheteur) se rapprochent elles-mêmes pour faire une cession amiable en dehors de la bourse, auquel cas l'acheteur a nécessairement connu son vendeur et devient lui aussi garant du remploi.

§ 5. — CONVERSION AU PORTEUR

C'est encore une des opérations nuisibles à la femme puisque le titre au porteur est librement négociable par le possesseur du titre et que la régularité de la vente n'est soumise qu'à la seule tradition réelle.

On considère donc bien que la question fut parfois controversée que la conversion au porteur de titres nominatifs est un acte de disposition analogue à une aliénation ⁽³⁾.

Les établissements débiteurs exercent donc les mêmes moyens de contrôle que s'il s'agissait d'une aliénation, soit par eux-mêmes, soit par les établissements qui leur seront substitués. Ils exigeront, s'agissant d'une femme mariée, la communication de son contrat de mariage, ils s'assureront de savoir si la

(3) Planiol et Ripert, t. VIII, n° 613. Bezard-Falgas, *Traité théorique et pratique des transferts*, n° 98. Julliot, *Les titres nominatifs*.

femme a la capacité d'aliéner et si le titre n'est pas frappé d'indisponibilité dans sa forme nominative.

On peut d'ailleurs se demander si la seule existence d'une clause de remploi pure et simple justifierait de la part des établissements débiteurs un refus d'opérer la conversion en titres au porteur.

Une telle conversion ne peut-elle en effet aboutir à éluder les obligations de remploi en rendant les titres aliénables par la simple tradition ?

Les établissements débiteurs pourraient, semble-t-il, soutenir — et soutiennent en général — que la forme des titres au porteur remplaçant les titres nominatifs dans le patrimoine de la femme ne permet plus de contrôler, en cas d'aliénation, le remploi du produit de cette aliénation. Rien n'indique plus que les nouveaux titres sont la propriété de la femme et — comme l'opération de conversion n'implique pas par elle-même une détention de deniers sujets à remploi — l'établissement débiteur ne peut exiger aucune justification d'un remploi. De sorte que, rendant possible ultérieurement une aliénation dans des conditions interdites par le contrat de mariage, sans qu'aucun moyen de contrôle lui soit réservé, l'établissement pourrait émettre la prétention de se refuser à la conversion au porteur.

Cette thèse nous paraît cependant excessive et il nous paraît nécessaire de situer la question sur d'autres bases moins rigoureuses.

Les établissements débiteurs n'ont pas en effet à se préoccuper d'une responsabilité éventuelle au cas où les titres au porteur viendraient plus tard à être aliénés sans remploi, car cette responsabilité ne serait qu'une responsabilité indirecte puisqu'elle ne serait pas issue de l'opération de conversion qu'ils accomplissent, mais d'une opération distincte et étrangère constituant un acte juridique hétérogène, indépen-

dant et parfait en soi-même, dans lequel l'établissement débiteur ne joue plus aucun rôle, qui peut d'ailleurs s'effectuer comme ne jamais s'effectuer.

L'établissement débiteur n'a donc qu'un seul acte juridique à envisager : c'est le remplacement des titres nominatifs en titres au porteur.

Or si l'on peut considérer que la conversion est un acte de disposition qui exige la capacité d'aliéner à cause des dangers qu'elle présente, il ne s'agit pas cependant d'une aliénation proprement dite qui puisse donner lieu à une opération de remploi puisque la conversion au porteur ne produit qu'un changement dans la forme du titre mais non pas la transformation de sa valeur en espèces.

De plus rien n'interdit que les remplois aient lieu en titres au porteur et on ne comprendrait donc pas que les établissements débiteurs veuillent imposer aux époux des obligations plus strictes qu'ils n'en ont stipulées eux-mêmes dans le pacte matrimonial en les obligeant ainsi à cristalliser leurs valeurs mobilières dans la forme nominative quand ils avaient conservé au contraire la liberté d'avoir des titres au porteur.

En général — et pour éviter cette discussion — les époux agissent prudemment en stipulant que tous les titres de la femme seront nominatifs.

§ 6. — CONVERSION DES RENTES SUR L'ÉTAT

En l'absence même d'une telle clause il est cependant certaines valeurs pour lesquelles les établissements débiteurs refuseraient à bon droit la conversion au porteur.

Ce sont les rentes sur l'Etat.

Aux termes de l'article 9 de l'ordonnance royale du

20 avril 1831, toujours en vigueur, *le Trésor public ne peut convertir au porteur les rentes provenant de constitutions dotales ou qui représenteraient des fonds produits par la vente de biens à charge de emploi.*

De sorte qu'en dehors même de la volonté expresse des époux, il suffira que le titre nominatif porte mention de son origine, soit qu'il fut dotal, soit qu'il fut acquis en emploi, pour que la conversion au porteur soit impossible.

Toutefois on peut se demander si ce texte permettrait au Trésor public de refuser dans tous les cas la conversion au porteur des titres nominatifs immatriculés au nom de la femme sous le seul prétexte qu'une clause de emploi est stipulée dans son contrat de mariage.

Les textes apportant une dérogation à la capacité des époux doivent être interprétés restrictivement. Or l'article 9 de la loi du 20 août 1831 n'interdit la conversion que pour les inscriptions représentant déjà une opération de emploi, c'est-à-dire qui ont été acquises avec des fonds soumis à l'obligation du emploi.

Mais peut-on étendre cette interdiction aux inscriptions qui, par exemple, militaient au profit de la femme dès avant son mariage ou même qu'elle a recueillies par succession ? Sans doute il se peut que dans cette dernière hypothèse, au moment de la mutation, le Trésor ait, sur les indications du certificat de propriété, mentionné l'existence d'une clause de emploi, mais l'inscription n'est pas cependant de celles visées par l'article 9 de l'ordonnance du 20 avril 1831 puisqu'elle ne représente pas des « fonds produits par la vente de biens à charge de emploi ».

Selon nous dans ces hypothèses si l'on s'en tient aux textes le Trésor devrait être tenu d'opérer la conversion au porteur malgré les termes de l'ordonnance

de 1831. Mais il est bien certain cependant que le Trésor n'accepterait pas volontiers cette thèse et s'en tiendrait au contraire à une thèse rigoureuse qui consisterait à soutenir que la doctrine de l'ordonnance de 1831 implique nécessairement l'indisponibilité dans la forme nominative des titres de rente grevés de la charge de remploi.

§ 7. — MUTATIONS PROPREMENT DITES

Ainsi qu'on l'a vu, la protection que présente la forme nominative des valeurs mobilières réside dans la rédaction de son immatricule qui permet de contrôler la capacité du propriétaire.

Nous avons déjà dit que ce contrôle de la capacité de la femme mariée se trouvait grandement facilité par la révélation dans l'immatricule du titre de l'existence de la clause de remploi. Parvenir à une telle immatriculation c'est donc accroître les garanties de la femme.

Les règles existantes relatives à la mutation des titres nominatifs fournissent dans la mesure du possible les moyens d'atteindre ce but.

En dehors des ventes, soit par cession ordinaire, soit par négociation, et des conversions de titres au porteur, il peut être nécessaire, par suite des transformations juridiques subies dans la personne ou les biens du propriétaire, d'apporter des changements dans cet immatricule. C'est l'opération que l'on désigne généralement en cette matière dans le terme de « mutation » qui, dans ce cas spécial, ne signifie nullement « aliénation ».

Lorsqu'une telle opération devra être effectuée pour le compte d'une femme en faveur de laquelle

existe une clause de remploi, comment s'exercera la protection de cette clause ?

Plusieurs hypothèses sont à envisager.

a) *La femme possède des titres nominatifs avant son mariage :*

L'immatricule dans ce cas n'est pas changé de plein droit puisque l'établissement débiteur ignore le mariage. Il appartient seulement alors à l'établissement débiteur de vérifier par l'état civil si la femme est mariée et dans ce cas les conditions du régime matrimonial.

Toutefois il est du devoir du mari de faire modifier l'immatricule du titre afin qu'il porte mention du nouvel état civil de la femme et de l'existence de la clause de remploi. Ceci, cependant, n'est qu'une obligation personnelle du mari dont l'inexécution n'entraînerait selon nous aucune sanction.

Mais si la clause de remploi insérée au contrat de mariage imposait au mari l'obligation de faire ainsi muter les titres nominatifs, il semble qu'il existerait alors non seulement une obligation personnelle à la charge du mari, mais également une obligation de contrôle de l'exécution de cette mutation à la charge du constituant de dot, ou même à la charge du notaire rédacteur du contrat si les titres nominatifs passaient par ses mains.

b) *La femme acquiert des titres nominatifs au cours de son mariage :*

Il peut en être ainsi soit par succession, soit par donation.

Le *de cujus* ou le donateur ont laissé ou donné des

titres nominatifs, il est nécessaire de les faire muter au nom de l'héritière ou donataire.

Dans cette hypothèse l'immatricule contiendra la mention de la clause restrictive de la capacité de la femme.

En effet, aux termes des articles 12 du décret du 25 octobre 1934 et 17 du décret du 26 octobre 1934, les établissements débiteurs ne peuvent opérer une mutation dans l'immatricule d'un titre que sur la présentation d'un certificat de propriété.

Seules sont exemptes de cette production les mutations à faire par suite d'un changement dans la qualité ou la capacité du titulaire survenu par le fait d'un événement dont il peut être justifié par la simple production d'une copie de l'acte établissant ce changement d'état civil, par exemple lorsqu'un mineur atteint sa majorité ou devient émancipé par le mariage.

Mais toutes les fois qu'un changement quelconque intervient soit dans le nom, soit dans la propriété, soit dans le droit de disposition du propriétaire, par exemple lorsqu'un titre est frappé d'insaisissabilité ou d'inaliénabilité, ou qu'il est grevé d'un droit de retour, ou qu'il a fait l'objet d'une donation, d'un legs ou d'une constitution d'usufruit, ou dépend d'une succession, un certificat de propriété est exigé pour l'accomplissement des formalités.

C'est dans les mêmes conditions que les Officiers Ministériels compétents pour délivrer ces certificats de propriétés, se trouvent obligés lorsque parmi les nouvelles titulaires se trouvent des femmes mariées sous un régime emportant dotalité ou une clause de remploi, de faire mention dans la réquisition d'immatricule que le titre est dotal ou soumis au remploi (Circulaire du 23 janvier 1925, n° 21).

L'obligation de justifier d'un certificat de propriété

assure ainsi à la femme qui acquiert des titres nominatifs au cours du mariage la certitude qu'aucune erreur ne sera possible sur la disponibilité du titre, puisque celui-ci révélera par lui-même cette indisponibilité.

L'importance de ce certificat de propriété est d'autant plus grande qu'il opère décharge de la responsabilité de l'établissement débiteur qui n'a qu'à se conformer à la réquisition d'immatricule. Mais il va de soi que la responsabilité du certificateur s'y trouve substituée de plein droit et serait engagée au cas où il aurait omis de faire mentionner l'existence de la clause de remploi atteignant le titre nominatif.

SECTION II

TITRES AU PORTEUR

§ 1. — DANS QUELLE MESURE, S'APPLIQUANT A DES TITRES AU PORTEUR, LA CLAUSE DE REMPOI PRODUIT-ELLE SES EFFETS ?

Le caractère essentiel de la clause de remploi c'est de permettre de suivre l'identité d'un bien dans ses diverses transformations économiques, ce qui suppose de toute évidence une individualisation possible.

Or l'essence même du titre au porteur réside précisément dans son anonymat et dans l'impossibilité et l'inutilité d'établir intrinsèquement un rapport juridique quelconque entre la valeur représentée et le propriétaire de cette valeur.

Dans le titre au porteur le droit constaté se confond avec la forme qui le constate ; c'est — a-t-on dit — un droit incorporé au titre. Tout porteur en est présumé le légitime propriétaire sans restrictions.

Dans de telles conditions, tout en étant théoriquement grevés d'une obligation de emploi il est évident que le caractère impersonnel des titres au porteur et la possibilité de les négocier par la simple tradition réelle, rendent tout à fait inopérante la clause de emploi.

En ce qui concerne le mari il a toute latitude de vendre les titres propres ou dotaux de sa femme, rien ne l'oblige en fait à en effectuer le emploi. Quant aux tiers rien ne les avertit de la charge qui milite en faveur de la femme ni même qu'elle est la véritable propriétaire du titre. Ils peuvent donc se libérer valablement entre les mains du mari. Aucun contrôle n'est exercé et il ne reste à la femme qu'un recours — souvent illusoire avons-nous dit — contre son mari.

En général la clause de emploi ne peut donc offrir aucune sécurité pour la femme propriétaire de valeurs au porteur.

§ 2.

Est-ce à dire cependant qu'en aucun cas elle ne produira ses effets, nous ne le pensons pas.

En effet il est acquis que ce qui empêche l'exercice de la clause de emploi c'est la forme du titre au porteur qui ne révèle pas la charge dont il est grevé.

Mais on peut se demander d'abord s'il est absolument nécessaire que cette charge soit révélée intrinsèquement ou extrinsèquement.

En d'autres termes lors d'une opération sur des titres au porteur, si ceux qui y participent, acquéreur, notaire, agent de change, sont mis à même de savoir que ces titres sont la propriété d'une femme mariée, en faveur de laquelle existe une clause de

remploi, sont-ils tenus de veiller à l'exécution du emploi ?

Il semble, selon nous, qu'il n'y a dans ce cas aucun motif pour que cette connaissance extrinsèque des conditions de l'aliénabilité des titres ne suffise à obliger les tiers à veiller sous leur responsabilité au respect des clauses matrimoniales.

Cette opinion semble partagée par la jurisprudence. C'est ainsi que la Cour de Cassation (4) a décidé qu'un agent de change qui négocia des titres au porteur était responsable du défaut de emploi alors qu'il avait eu connaissance de l'origine de ces titres et avait su qu'ils provenaient d'une conversion au porteur de titres nominatifs dotaux affectés d'une obligation de emploi.

Pendant cette thèse se heurte à certaines objections : s'il est ainsi admis que la connaissance extrinsèque de la clause de emploi puisse avoir les mêmes conséquences que la mention révélatrice d'un titre nominatif, il semble qu'il faut admettre aussi que la mention de la charge de emploi inscrite sur un titre au porteur produise aussi les mêmes effets, les conditions de l'aliénabilité seraient ainsi révélées aux tiers ou aux officiers ministériels qui prennent part à l'opération.

Or la Cour de Cassation (5) a justement décidé le contraire par un arrêt du 31 mai 1881 après des conclusions fortement motivées de M. l'Avocat Général Desjardins. Cet éminent magistrat — et la Cour de Cassation après lui — ont élevé le débat et ont posé la question de savoir si l'essence même du titre au porteur permettait que les propriétaires apportent

(4) Cass. civ. 9 mai 1923, S. 1923-1-361, Lyon-Caen, t. IV, n° 947.

(5) Cass. Civ. 31 mai 1881, D. P. 1881-1-289. Bezaud-Falgas *op. cit.*

des restrictions quelconques au caractère de négociabilité du titre et au principe du transfert de sa propriété par la simple tradition.

Et la Cour de Cassation fut ainsi amenée à décider qu'il n'y avait point possibilité d'individualiser un titre au porteur et d'en modifier la structure juridique. La loi ne connaît d'autres titres que les titres nominatifs et les titres au porteur, chacune de ces qualifications emportant par elle-même des conséquences déterminées quant au mode de transmission des titres, sans que les particuliers puissent déroger à cette règle.

De telle sorte qu'une mention restrictive de l'aliénabilité telle que le remploi ne saurait faire obstacle à la transmissibilité du titre au porteur par la simple tradition et sans que l'on puisse exiger aucune justification.

Peut-on ainsi concilier la doctrine de ces deux arrêts ? La Cour de Cassation est-elle revenue en 1923 sur sa précédente jurisprudence ?

Nous ne pensons pas, pour notre part, que la Cour de Cassation ait, en 1923, examiné le problème sous cet angle, car il ne s'agissait pas en réalité dans cette espèce d'apprécier la validité d'une condition restrictive de la circulation d'un titre au porteur et affectant le titre lui-même.

La jurisprudence de 1881 nous semble devoir être maintenue dans cette hypothèse. C'est ainsi qu'on ne saurait, selon nous, imposer à un établissement débiteur ou à un acquéreur l'obligation de surveiller l'exécution d'une clause de remploi qui leur serait révélée par une mention sur le titre lui-même lorsque le possesseur du titre se présente comme agissant pour son compte et non pour le compte de la femme bénéficiaire de la clause, car c'est la situation de fait au moment de l'opération qui crée l'état juridique du

titre. Le porteur a le droit de procéder à telles opérations qu'il juge utile et on ne peut lui demander aucune justification. Un seul événement serait de nature à restreindre la libre négociabilité du titre, c'est l'opposition faite dans les formes de la loi de 1872.

Mais la Cour de Cassation était en présence, en 1923, d'une autre situation qui, selon nous, repose sur des bases juridiques différentes et qui justifiait la décision de la Cour Suprême.

Selon nous la responsabilité encourue n'était pas née du fait d'avoir participé à la vente de valeurs au porteur rendues dans une certaine mesure inaliénables sous condition, mais de ce que l'agent de change, d'ailleurs mandataire tenu de vérifier la capacité de ses mandants, savait précisément qu'il agissait pour le compte d'une femme dont le contrat n'autorisait l'aliénabilité de sa dot que sous condition de remploi.

Nous parvenons ainsi à une conclusion qui, selon nous, se résume à une distinction.

Etant posé que les mentions sur le titre lui-même sont inopérantes lorsque le possesseur du titre se présente comme agissant pour son compte, aucune responsabilité n'est encourue et aucun contrôle n'est possible.

Mais le possesseur est-il la femme mariée ou le mari révélant qu'il agit pour le compte de sa femme, et le tiers connaît-il la clause de remploi, il est tenu dans ce cas de veiller à son exécution.

Tels sont, nous semble-t-il, les principes que l'on peut poser.

§ 3.

Il est évidemment extrêmement rare que de semblables circonstances se trouvent réunies et par con-

séquent aussi rare que la clause de remploi trouve son application en matière de titres au porteur.

Les époux feront donc bien, s'ils veulent assurer à la femme toute sécurité, de stipuler dans leur contrat de mariage, en outre de la clause de remploi pure et simple, l'obligation pour le mari de convertir au nominatif les valeurs apportées ou acquises par la femme et de ne faire le remploi qu'en titres nominatifs.

Mais cette stipulation peut engendrer certaines difficultés ; certaines sociétés n'émettent pas de valeurs nominatives, d'autre part les opérations sur ces valeurs nécessitent des formalités encore nombreuses qui en retirent la mobilité et compliquent l'administration d'un portefeuille. Il faut ajouter aussi les difficultés d'ordre fiscal qui écartent les capitalistes des valeurs nominatives. Aussi la pratique a-t-elle imaginé certains procédés qui, accompagnant la clause de remploi, permettent dans une certaine mesure à celle-ci d'être efficace en ce qui concerne les valeurs au porteur. Tous ces procédés ont pour caractère commun de recourir à l'intervention d'un tiers solvable qui exercera son contrôle sur la gestion de ces valeurs.

§ 4. — DÉPÔT EN BANQUE

Les conventions matrimoniales peuvent imposer au mari l'obligation de déposer les titres au porteur appartenant à la femme dans une banque désignée par le contrat (Banque de France, ou tout autre établissement de crédit).

Le mari effectuera ce dépôt au nom de sa femme. Le récépissé qu'il en retirera sera immatriculé au nom de celle-ci.

Au moyen de ce récépissé la femme exerce la possession de ses titres et il nous apparaît impossible ainsi, que le mari puisse aliéner seul les titres au porteur de sa femme, car la banque ne se dessaisirait certainement pas des titres entre les mains d'un tiers sans avoir obtenu l'autorisation de la femme au moins sous le régime de communauté.

Cependant le mari pourrait, malgré tout, par un moyen détourné, parvenir à cette aliénation. Il est en effet l'administrateur des propres de la femme et si cette qualité ne lui confère pas les pouvoirs d'aliénation, elle lui confèrera cependant le droit de déterminer le récépissé des valeurs.

Or il n'est pas douteux que le dépôt en banque n'est qu'un acte d'administration qui comporte aussi le droit de faire cesser ce dépôt en retirant les valeurs de l'établissement dépositaire.

Il est donc fort simple au mari de retirer les valeurs sans que la femme puisse s'y opposer pour, ensuite, se comporter en un véritable propriétaire puisqu'il sera parvenu ainsi à acquérir la possession des titres ⁽⁶⁾.

Aussi pour que le dépôt en banque des valeurs au porteur constitue une véritable garantie le contrat de mariage doit prescrire les modalités de ce dépôt.

Elles consistent le plus souvent à imposer, non plus seulement au mari mais à tous détenteurs de titres au porteur acquis par la femme, l'obligation de les déposer dans l'établissement désigné par le contrat à charge d'exiger du dépositaire un récépissé immatriculé au nom de la femme.

Dès cet instant les titres se trouveront placés sous la responsabilité du dépositaire qui devra se confor-

(6) H. Solus. *Revue du Notariat*, art. 23.225, p. 664 ; *Contra*, Planiol et Ripert, t. VIII, n° 607.

mer, pour se décharger, aux dispositions du contrat de mariage lesquelles, pour être complètes et efficaces, stipuleront que les titres ne pourront être remis qu'entre les mains d'un agent de change ou d'un notaire désigné par les époux et chargé d'en opérer le remploi.

Cette stipulation nous paraît suffisante, pour notre part, à sauvegarder les intérêts de la femme en engageant la responsabilité de l'établissement dépositaire qui ne s'y conformerait pas. Quoi qu'il en soit et par mesure de prudence les clauses usuellement proposées et recommandées stipulent que le récépissé lui-même, que doit exiger de l'établissement dépositaire le détenteur des titres déposés, doit porter non seulement la désignation et les numéros de ceux-ci, mais doit mentionner la clause exigeant que les titres ne peuvent être remis qu'à l'agent de change chargé de les vendre et d'en opérer le remploi, ou au notaire chargé de les remployer en immeubles.

Ainsi s'établit un véritable chaîne sans fin : l'agent de change ou le notaire, leurs opérations effectuées, remettent les titres entre les mains d'un tiers dépositaire et de son côté lorsqu'une opération à effectuer devient nécessaire, celui-ci ne peut remettre les titres qu'entre les mains d'un agent de change ou d'un notaire.

Ainsi en retirant au mari la possession juridique et la possession de fait des titres au porteur et en les remplaçant par un récépissé nominatif, tout en gardant leur mobilité, les titres au porteur offrent les mêmes garanties que les titres nominatifs (7).

(7) Il a même été jugé que ce récépissé est l'équivalent de titres nominatifs. Trib. Seine, 1^{er} juillet 1911, *Gaz. Trib.*, 1911-2-379, 2^e semestre. Julliot, *op. cit.*

§ 5.

Une variante de cette clause peut être également d'imposer aux détenteurs de valeurs au porteur, non plus le dépôt dans une banque, mais le dépôt dans les caisses de la société émettrice des valeurs.

Cette façon de procéder nous semble toutefois moins pratique car elle a pour effet de multiplier le nombre des dépositaires suivant les différentes natures des valeurs de la femme et d'acroître en même temps les difficultés d'administration d'un patrimoine ainsi disséminé.

Les établissements émetteurs ne sont du reste pas, selon nous, tenus d'accepter un tel dépôt avec les responsabilités qui y sont attachées, car ils ne sont pas chargés essentiellement de ce rôle, ce qui est une raison de plus pour préférer le dépôt des titres dans une banque.

§ 6

Certains auteurs et certaines formules notariales ⁽⁸⁾ préconisent également de stipuler l'obligation pour les détenteurs des titres au porteur appartenant à la femme de se libérer entre les mains d'un séquestre désigné, soit par le Président du Tribunal sur simple requête des époux ou de l'un d'eux, soit contradictoirement en référé, soit même par le Tribunal avec mission de recevoir les titres.

Ecartant tout d'abord la question de validité d'une telle mesure ⁽⁹⁾, il nous paraît cependant que cette

(8) Planiol et Ripert, t. VIII, n° 645. Amiaud, I n° *Contrat de mariage*.

(9) On peut en effet douter de cette validité, car les art. 1956 à 1961 du code civil ne visent que le cas de litige existant et on a

mesure ne saurait apporter une solution *définitive* à la difficulté qui consiste à identifier les valeurs au porteur comme propriété de la femme et à en retirer la possession au mari.

Sans doute évitera-t-on ainsi que le mari puisse se comporter en véritable propriétaire susceptible de disposer des valeurs mobilières au porteur.

Mais cette nomination d'un séquestre chargé de recevoir ces valeurs de leurs détenteurs n'est, selon nous, qu'une solution momentanée.

Elle n'a pour effet que de libérer valablement les détenteurs des titres, mais elle laissera toujours dans un état de précarité la possession de ces derniers dans les rapports du mari, de la femme et du séquestre.

La règle normale de l'administration des biens n'est pas qu'ils se trouvent perpétuellement sous la main de justice, ce qui est le cas quand ils sont placés sous un séquestre judiciaire.

Le séquestre n'a pas pour objet de régler définitivement une situation mais seulement d'en permettre et d'en faciliter le règlement. On ne peut donc facilement concevoir que tout le patrimoine mobilier de la femme, en valeurs au porteur, soit entre les mains d'un séquestre judiciaire tant que durera le mariage avec seulement pour intervalles les périodes relativement courtes où, sur la demande des époux, il remettra les titres à un agent de change en vue d'une opération, lequel agent de change fera à nouveau nommer un séquestre auquel il remettra les nou-

pu se demander si les cas limitatifs où le séquestre pouvait être ordonné permettait l'utilisation de ce procédé en matière de emploi. Voir Le Duc. Du séquestre judiciaire en matière de emploi. *Rev. Critique*, 1913, p. 12 ; *Contra* Bezard-Falgas, n° 176 ; Julliot, *op. cit.*, p. 358 et s.

velles valeurs acquises en remplacement de celles négociées.

Une telle conception déformerait complètement la nature même de l'institution du séquestre judiciaire.

Le séquestre, nous aurons à l'étudier, pourra être infiniment utile pour permettre l'exécution du emploi, mais on ne peut le considérer comme un dépôtitaire définitif des titres dont on veut faire échapper la possession au mari.

Les seuls moyens de protection de nature à rendre efficace la clause de emploi en matière de valeurs mobilières sont donc, selon nous, soit l'obligation de convertir les titres au nominatif, soit ce que l'on a pu appeler le « blocage » en banque.

DEUXIEME PARTIE

**Les conditions de l'emploi
et du emploi**

CHAPITRE III

STIPULATION DE REMPLOI. INTERPRETATION. VALIDITE

STIPULATION DE REMPLOI

L'obligation d'emploi et de remploi peut avoir plusieurs origines.

Elle peut avoir une origine légale ou contractuelle.

§ 1. — ORIGINE LÉGALE

C'est ainsi que l'on trouve dans le Code civil diverses règles qui visent l'emploi ou le remploi. Elles s'appliquent notamment au régime dotal, dans les cas où l'aliénation d'un bien dotal est permise par la loi. Une fois le but rempli pour lequel l'aliénation a eu lieu, s'il existe un reliquat disponible le mari doit en faire emploi (art. 1558-1559).

De même, au chapitre traitant du régime de communauté, sans faire au mari une obligation de remploi, les articles 1434 et 1435 indiquent les conditions auxquelles il a la faculté de procéder au remploi.

Ce n'est point, à vrai dire, de ce remploi légal que nous traitons, mais spécialement de l'obligation contractuelle de remploi.

§ 2. — ORIGINE CONTRACTUELLE

En général la stipulation de remploi est insérée par les époux dans leur contrat de mariage. Elle constitue alors l'une des conditions du pacte matrimonial et est soumise en cette qualité à la règle de l'immuabilité des conventions matrimoniales.

Les époux ne pourraient pas par la suite déroger à la règle qu'ils se seraient imposée. C'est ainsi qu'il a été jugé qu'une femme ne peut pas renoncer aux droits que lui confèrent la clause de remploi⁽¹⁾ au moins tant qu'elle est mariée.

De même l'obligation de remploi peut être imposée par un tiers comme condition d'une donation ou d'un legs. Le constituant de dot pourrait ainsi imposer dans le contrat de mariage l'obligation pour le mari d'en faire l'emploi ou le remploi. Dans ce cas encore la règle de l'article 1387 trouve son application.

Les tiers peuvent aussi stipuler cette obligation dans l'acte de donation ou le testament, relativement aux biens donnés ou légués. La clause trouve alors sa force obligatoire dans le fait que son observation est la condition déterminante de la disposition et que son inobservation pourrait en entraîner la révocation.

Nous nous occuperons plus particulièrement de la clause insérée à la demande des époux dans leur contrat de mariage.

§ 3. — INTERPRÉTATION

La question de savoir dans quel cas il y a une obligation de remploi ou d'emploi a souvent donné lieu à des controverses d'interprétation.

(1) Req., 19 juillet 1865, D. P. 65-1-431 ; Limoges, 7 mai 1862, D. P. 62-2-118. Toulouse, 10 déc. 1888, D. P. 90-2-211. Riom, 19 mars 1891, D. P. 92-2-547.

Pour qu'il y ait une obligation de remploi il faut que la clause soit nette et précise.

En effet il s'agit dans tous les cas d'apporter une restriction aux règles légales des régimes matrimoniaux et aux pouvoirs légaux du mari sur les biens de sa femme.

Si l'on se place dans un contrat comportant le régime de communauté d'acquêts il s'agit de restreindre la capacité de la femme et les pouvoirs d'administration du mari, c'est-à-dire dans une certaine mesure la libre aliénabilité des biens.

Au contraire en présence d'un régime dotal dont le caractère essentiel est l'inaliénabilité : la clause restreint la protection que la femme avait voulu trouver dans cette inaliénabilité de la dot immobilière, de même qu'elle restreint aussi les pouvoirs du mari sur la dot mobilière.

Les auteurs et la jurisprudence ⁽²⁾ estiment pour ces motifs que les clauses d'emploi et de remploi doivent être interprétées restrictivement d'abord quant à la question de savoir si elles comportent véritablement l'obligation de remploi, et ensuite quant à l'étendue que les époux ont voulu donner à cette obligation.

§ 4. — QUAND PEUT-ON DIRE QU'IL EXISTE

A PROPREMENT PARLER UNE CLAUSE DE REMploi ?

Il n'est évidemment pas nécessaire d'employer des formules sacramentelles. Il suffit que les termes em-

(2) Req., 11 juillet 1843. D. Jur. gen., v° Contrat de mariage, n° 4038. Req. 3 février 1891, D. 92-1-28. Req. 18 février 1935, *Sem. Jurid.*, 1935, 6 octobre. Guillouard, t. II, éd. 1886, n° 501, t. IV, n° 1956. Planiol et Ripert, t. VIII, n° 634, t. IX, n° 1205. Trib. Seine, 13 juin 1902, *Gaz. Trib.*, 2°, 1902-2-356.

ployés ne laissent aucun doute sur le sens de la stipulation.

Le critérium réside — si l'on peut dire — dans le fait que les époux créent une obligation absolue de procéder à l'emploi ou au remploi des propres de la femme, sans qu'il soit permis au mari d'effectuer cette opération seulement à son gré.

Selon la formule de M. Guillouard ⁽³⁾ il faut qu'il y ait un *ordre* donné au mari d'effectuer le remploi.

Toute clause qui ne révélerait pas d'une façon précise cette obligation ne serait considérée que comme la répétition des règles inscrites dans les articles 1434 et 1435 du Code civil, c'est-à-dire comme permettant au mari d'effectuer ou de ne pas effectuer le remploi et comme l'autorisant à toucher et à conserver les deniers propres ou dotaux.

C'est ainsi que la stipulation selon laquelle « le remploi sera effectué conformément à la loi sans que les tiers aient à s'en préoccuper » ⁽⁴⁾ ou celle que « le remploi des biens propres à chacun des époux qui seraient aliénés ou remboursés pendant le mariage sera fait conformément aux règles du Code civil sans que les tiers puissent en aucun cas exiger les remplois ou être tenus pour responsables de ceux qui seraient effectués » ⁽⁵⁾ n'ont pas été considérées comme obligatoires.

Rien ne révèle dans ces termes l'intention précise des époux d'exiger le remploi à chaque aliénation.

Il en serait de même notamment au cas où le remploi aurait été stipulé au profit des deux époux ⁽⁶⁾, car dans ce cas il n'apparaît pas que la femme a voulu se créer une situation meilleure que celle de son mari et celui-ci est évidemment libre d'opérer le remploi à son gré.

(3) Guillouard, t II, n° 501, *op. cit.*

(4) Rouen, 27 mars 1909, D. 1911-2-153.

(5) Amiaud, I, n° contrat de mariage.

(6) Aubry et Rau, t. V, n° 507, note 79, 4^e éd.

De même encore devant la stipulation selon laquelle « dans le cas où, pendant le futur mariage, il viendrait à être aliéné quelques-uns des propres appartenant aux futurs époux, le remploi s'effectuera d'abord sur les meubles de la communauté, en cas d'insuffisance sera pris sur les acquêts et en cas que les acquêts ne soient pas suffisants, le remploi aura lieu sur les biens propres des futurs époux qui en répondront », la Cour de Cassation a jugé que malgré l'existence du terme « remploi » il ne s'agissait point d'une véritable clause obligeant en cas d'aliénation au remploi des propres de la femme, mais seulement d'une stipulation fixant le mode d'exercice des prélèvements et reprises lors de la dissolution de la communauté, le terme remploi étant alors employé dans le sens de prélèvement (7).

On estime encore que la clause aux termes de laquelle « il sera fait remploi des immeubles de la femme qui seraient aliénés au cours du mariage » est insuffisante pour créer une obligation de remploi, car aucun délai n'étant stipulé le mari garde la faculté de conserver les deniers de la femme jusqu'à la dissolution du mariage (8).

La stipulation d'un délai ne nous paraît pas cependant essentielle pour qu'il y ait une véritable obligation de remploi. Il nous apparaît que l'indication d'un délai dans la clause est un élément d'interprétation établissant l'intention des parties de rendre le remploi obligatoire, mais que l'absence d'un délai, en présence d'une clause précise d'où il résulterait expressément l'obligation faite au mari d'opérer le rem-

(7) Req. 7 avril 1879, D. P. 79-1-244.

(8) Planiol et Ripert, t. VIII, n° 634. Aubry et Rau, *loc. cit.*, note 80.

ploi (°) n'aurait point pour effet de lui donner seulement la faculté d'y procéder.

On doit également pour les mêmes motifs interpréter restrictivement la clause de remploi pour en déterminer l'étendue.

§ 5. — SPÉCIALEMENT QUAND PEUT-ON DIRE QUE LA
CLAUSE S'APPLIQUE AUX VALEURS MOBILIÈRES DE LA
FEMME ?

Il est nécessaire, quand les époux veulent que ces valeurs ne puissent être aliénées sans remploi, d'insérer à ce sujet une stipulation spéciale, car la jurisprudence ne se contente pas d'une analogie de nature pour soumettre au remploi d'autres biens que ceux désignés par le contrat de mariage.

C'est ainsi que — à moins d'une stipulation expresse — la clause ne s'applique qu'aux immeubles et ne s'applique point aux meubles et *a fortiori* aux titres des sociétés (10). La seule exception qui puisse être faite ne concerne en effet que les actions de la Banque de France immobilisées qui légalement sont des immeubles. Cependant on peut se demander si indirectement des valeurs mobilières ne peuvent même dans ce cas être soumises au remploi.

Le législateur, nous aurons à l'examiner, a décidé dans de nombreux cas que certaines valeurs telles que les rentes sur l'Etat, pouvaient tenir lieu de remploi au même titre que les immeubles.

Il peut se trouver ainsi que des valeurs mobilières se trouvent subrogées à un immeuble propre dont

(9) Guillouard t. II, n° 501.

(10) Civ. 29 juillet 1890, S. 1893-1-521, note Boucart. — H. Solus. Cours de droit 1932, Les Meubles dans les différents régimes matrimoniaux, p. 304.

l'aliénation donnait lieu au remploi de son prix. Si les propriétaires veulent ensuite aliéner ces valeurs mobilières ne peuvent-ils point soutenir que la clause n'étant obligatoire qu'en ce qui concerne les immeubles ils sont libres d'aliéner sans condition leurs valeurs mobilières ?

Cette prétention serait assurément mal fondée car ce serait faire une abstraction complète du caractère de la subrogation réelle. Les valeurs ainsi acquises représentent en effet une valeur immobilière qui était sujette à remploi et les biens qui ont tenu lieu de remploi sont grevés eux aussi de la charge dont étaient grevés les biens remployés.

Dans le cas où une stipulation expresse soumet aussi les meubles au remploi, la clause ne serait pas même forcément obligatoire en ce qui concerne les valeurs mobilières. C'est ainsi qu'il a été jugé que la clause visant le remploi de deniers dotaux ne s'appliquait pas aux titres au porteur ⁽¹¹⁾.

Toutefois il a été jugé aussi que la clause stipulant que « les biens ne pourraient être transférés ou touchés qu'à charge d'en employer le prix » pouvait s'appliquer aussi bien aux immeubles qu'aux meubles et aux valeurs mobilières qu'à la dot en argent, à cause de la compréhension des termes employés ⁽¹²⁾.

L'interprétation n'est pas moins stricte aussi quand il s'agit de déterminer si les tiers sont ou non responsables du remploi.

Le principe étant, sous le régime de communauté, l'irresponsabilité des tiers, cette responsabilité ne peut résulter aussi que d'une stipulation expresse et précise. Si un doute subsistait sur l'existence d'une obligation à la charge des tiers les tribunaux de-

(11) Req. 13 nov. 1876, D. 1878-1-111.

(12) Cass. 4 juillet 1899, *Gaz. Trib.* 1-204-2, 1899.

vraient interpréter la clause dans le sens de l'irresponsabilité des tiers et comme ne s'imposant qu'au mari ⁽¹³⁾.

Notamment en matière de valeurs mobilières où les négociations peuvent être faciles et nombreuses, il y aura lieu de préciser quels sont les tiers responsables : établissements débiteurs, agents de change, notaires, acquéreurs et quelle est l'étendue de leur responsabilité.

En principe les tiers seront garants de la matérialité, de la validité et de la suffisance du emploi, mais la clause peut aussi alléger cette responsabilité.

Au contraire sous le régime dotal il ne sera point nécessaire d'une stipulation expresse pour que la clause soit opposable aux tiers et ce sont par contre les clauses limitatives de leur responsabilité qui devront être interprétées strictement.

C'est d'ailleurs en somme la seule règle d'ordre général que tous ces exemples permettent de dégager : l'interprétation restrictive des clauses de emploi.

Il ne s'agit d'ailleurs que d'une interprétation de pur fait et dans de nombreux cas la Cour de Cassation a eu l'occasion d'affirmer qu'elle échappait à son contrôle et ne relevait que de l'appréciation souveraine du Juge du fait, son rôle se bornant à vérifier si les tribunaux ne dénaturent pas le sens de la clause ⁽¹⁴⁾.

§ 6. — VALIDITÉ DE LA CLAUSE DE EMPLOI

On a pu se demander si les textes permettaient de stipuler valablement l'emploi ou le emploi en ce qui

(13) Civ. 1^{er} mars 1859, D. P. 1859-1-122.

(14) Cass. Req. 7 avril 1879, D. P. 1879-1-444, D. P. 51-5-465, note. Planiol, t. IX, p. 701. Civ. 28 janvier 1907, D. P. 1910-1-97.

concerne les meubles et par conséquent les valeurs mobilières.

En effet les seuls textes relatifs au remploi ne visent que les immeubles (art. 1434, 1435, 1553).

Cependant il n'y a, à vrai dire, aucun motif de ne point assimiler les meubles propres aux immeubles. Les articles 1434 et 1435 sont situés dans le chapitre du Code civil traitant de la communauté légale, régime où les meubles tombent en communauté et où, au contraire, seuls les immeubles sont propres. Le législateur ne s'est donc préoccupé que du remploi des immeubles mais lorsque, par l'adoption d'un régime de communauté d'acquêts, les époux ont réalisé leurs meubles, rien ne s'oppose à ce que l'on applique aux meubles propres les principes qui sont appliqués aux immeubles.

D'ailleurs l'article 1553 lui-même valide la clause d'emploi des deniers dotaux qui sont des meubles.

De même encore l'article 1595 qui, dans son paragraphe 2, autorise la vente entre époux en cas de remploi, prévoit le cas de remploi non seulement des immeubles aliénés, mais aussi de deniers appartenant à la femme lorsqu'ils ne tombent pas en communauté.

Et l'article 1470 du Code civil, en réglant le droit aux prélèvements lors de la liquidation de la communauté, indique que l'époux prélèvera « *les biens...* qui ont été acquis en remploi », englobant ainsi sous ce terme général les meubles et les immeubles.

Par conséquent, le législateur validant la clause pour des deniers qui sont des meubles et pour les biens des époux en général, rien ne peut s'opposer à la validité de la clause de remploi en ce qui concerne les valeurs mobilières. Aucun texte n'interdit cette stipulation. Elle constitue donc seulement l'applica-

tion du principe de la liberté des conventions matrimoniales.

La Cour de Cassation en a d'ailleurs décidé ainsi ⁽¹⁵⁾. Et dans de nombreux arrêts la jurisprudence a sanctionné des clauses d'emploi ou de remploi tant pour des immeubles que pour des meubles et notamment des valeurs mobilières en les assimilant quant à l'application des principes.

Nous pouvons donc très nettement conclure à la validité de la clause de remploi des valeurs mobilières.

(15) Civ. 16 nov. 1859 D. P. 59-1-490 ; 8 juin 1858, D. P. 58-1-233 ; 19 juin 1865, D. 65-1-431 ; 3 février 1879, D. P. 79-1-246 ; 2 mars 1914, D. P. 1917-1-188.

CHAPITRE IV

QUELS BIENS DOIT-ON REMPLOYER ? EN QUELS BIENS DOIT-ON FAIRE LE REMPLOI ?

SECTION I

A. — QUELS BIENS DOIT-ON REMPLOYER ?

§ 1.

Pour qu'il y ait lieu à une opération d'emploi ou de remploi, il est nécessaire que le mari se trouve détenteur de deniers propres ou dotaux.

Plus spécifiquement on désigne sous le nom d'emploi l'opération qui consiste à investir des deniers qui, jusque-là, n'avaient pas fait l'objet d'un placement, réservant au contraire le terme de remploi à l'investissement de deniers provenant de l'aliénation d'un bien dont la femme était propriétaire.

Le contrat de mariage peut d'ailleurs limiter les biens qui seront soumis au remploi et excepter certains de cette charge. En général cependant la clause a pratiquement une portée générale.

Elle s'applique d'abord au cas d'aliénation d'immeubles ou de valeurs mobilières propres. De même en cas d'amortissement ou de remboursement d'obli-

gations ou d'actions, de paiement d'une créance ou d'une indemnité quelconque, soit à la suite d'un accident, soit pour dommages de guerre, soit par suite d'incendie, de même encore dans le cas d'apport en argent, ou en cas de donations ou de successions où l'épouse recevrait une libéralité en argent.

Dans tous ces cas le mari administrateur des biens propres ou dotaux qui reçoit le produit de ces opérations, est tenu d'en effectuer l'emploi ou le remploi.

§ 2.

En ce qui concerne particulièrement les valeurs à lots ou celles qui sont amorties avec primes, on a pu se demander si la prime ou le lot étaient eux aussi soumis au remploi.

La même question a pu se poser en ce qui concerne la distribution extraordinaire de réserves des sociétés ou de la valeur d'un droit de souscription à une action nouvelle en cas de droit de préemption réservé aux actions anciennes.

Il nous semble que cette question doit se résoudre en recherchant la nature juridique de ces primes, de ces lots ou de ces réserves. S'agit-il d'un propre ou d'un bien dotal : le remploi devra leur être appliqué; dans la négative le mari sera dispensé de cette obligation.

a) *Obligations à prime et à lots.*

On a pu soutenir ⁽¹⁾ que la prime n'était qu'un intérêt différé et qui, à ce titre, avait le caractère de revenus tombant en communauté. Ceci se trouvait justifié par le fait que le montant de la prime s'ac-

(1) Cass. Civ., 10 août 1863, D. P. 63-1-349.

quiert en général année par année, de telle sorte qu'en cas de remboursement anticipé il n'est remboursé que la portion acquise de la prime.

Toutefois la majorité des auteurs considère que la prime n'est qu'un accessoire du capital, une valeur capitalisée par l'emprunteur et n'offrant pas le caractère périodique de revenus puisque l'obligataire ne peut contractuellement en bénéficier qu'à l'échéance ⁽²⁾.

A plus forte raison en est-il de même pour les lots dont le montant ne permet pas de les faire considérer comme des revenus mais au contraire comme un produit exceptionnel de la valeur propre dont ils prennent la qualité juridique comme étant aussi l'accessoire, le croît du capital originaire.

b) Distribution des réserves des sociétés.

La question peut paraître plus délicate. En effet ces réserves — et notamment les réserves statutaires ou facultatives — sont bien constituées par des bénéfices qui, normalement, devraient être distribués aux actionnaires et présenteraient le caractère périodique de revenus tombant en communauté.

Mais ce raisonnement ne tient pas compte — selon nous — de ce que les bénéfices de la société qui sont bien périodiques, ne sont pas pour autant acquis aux associés. Ils constituent en réalité un élément de l'actif social. Et c'est seulement au moment où ils seront acquis aux associés, c'est-à-dire au moment de la distribution du fonds de réserve, qu'il faut se placer pour en apprécier le caractère juridique.

Or jusque-là les bénéfices sont capitalisés dans le

(2) Planiol et Ripert, t. VIII, n° 414 ; Req. 14 mars 1877, D. P. 77-1-353 ; Trib. Seine 23 juillet 1894, *Gaz. Trib.* 18 août 1894 ; Conseil d'Etat, 28 janvier 1921, D. P. 1921-3-9 et la note.

fonds de réserves qui constitue la fortune de la société, son actif social et le cours boursier des titres est d'autant plus élevé que les réserves sont importantes puisque chaque action représente une part de ces réserves.

Admettre que ces réserves peuvent faire partie de la communauté ce serait donc obliger lors de chaque négociation d'une action propre, à déterminer dans son prix de vente la part correspondant aux réserves et celle correspondant au capital originaire et à l'actif industriel, c'est-à-dire en somme refuser à la femme toute plus-value de ses actions, ce que jamais la doctrine et la jurisprudence n'ont osé admettre.

En réalité la distribution exceptionnelle de réserve n'est que la répartition d'une fraction du capital formé par la société à chacun des actionnaires qui possède une part dans ce capital. Si le capital s'accroît, l'actionnaire a un droit plus important dans ce capital, de telle sorte qu'il ne s'agit encore que de l'accroissement du capital initial qui doit suivre le sort de ce dernier et avoir ainsi le caractère de propre si la part sociale était un propre ⁽³⁾.

§ 3. — DROIT DE SOUSCRIPTION

Le droit de souscription à des actions nouvelles réservé aux actions anciennes est lui aussi un droit attaché à l'action elle-même et qui a donc le même caractère propre que celle-ci.

Sa valeur négociable représente le plus souvent l'équivalent de la participation que le nouvel actionnaire va acquérir dans l'actif social.

(3) En ce sens : Grenoble, 20 mars 1876, D. P. 77-1-353 ; Cass. Civ. 5 février 1890, D. P. 90-1-300.

La somme produite par la négociation d'un droit de souscription doit donc elle aussi être remployée.

Si d'ailleurs, au lieu de le négocier, le mari exerce le droit de préemption, les actions nouvelles ainsi souscrites seront propres ou dotales dans la mesure où elles auront été libérées avec des deniers propres ou dotaux et en tous cas jusqu'à concurrence de la valeur du droit de souscription qui se trouve ainsi remployée automatiquement.

Les primes ⁽⁴⁾, les lots, les distributions exceptionnelles de réserves, les droits de souscription doivent donc être remployés au même titre que tous les autres deniers de diverses provenances appartenant à la femme.

§ 4. — INTÉGRALITÉ DU REMPLOI

Le remploi doit d'ailleurs être intégral et non partiel.

Pratiquement cependant il est parfois impossible que le montant des valeurs achetées corresponde exactement au montant des sommes à remployer, il est d'usage dans ce cas de tolérer un écart de 100 ou 200 francs entre les deux sommes et il arrive même que le contrat de mariage légitime cet usage.

L'intégralité du remploi doit d'ailleurs être entendue d'une façon pratique. C'est ainsi que dans le cas où le contrat de mariage stipule que le remploi sera effectué titre pour titre, cela ne doit pas s'entendre dans le sens d'une obligation faite au mari de racheter le même nombre de titres de même nature que ceux vendus, car soit que les valeurs se trouvent remboursées avec prime ou avec lots, soit au contraire

(4) Paris, 13 avril 1878, D. Jur. Gén. Sup., v° Contrat de mariage n° 201 ; Planiol et Ripert, t. VIII, n° 647.

que remboursées au pair le cours boursier soit au-dessus ou en dessous du pair, il faudra acheter plus ou moins de titres que la femme n'en possédait antérieurement.

Il est d'autre part admis que l'obligation au emploi intégral des sommes appartenant à la femme n'empêche nullement l'exercice de certains prélèvements.

C'est ainsi que les frais et coûts de l'opération, droits de courtage et honoraires des agents de change, peuvent être déduits des sommes à remployer. Ils sont faits dans l'intérêt exclusif de la femme à qui profite le remploi, il est juste qu'elle les supporte seule ⁽⁵⁾.

De même le cours des valeurs en bourse comprend toujours la valeur du coupon à détacher qui accroît ainsi le prix de vente du titre, on admet généralement qu'il y a lieu de déduire des sommes à remployer le prorata d'intérêts qui y est incorporé et appartient à la communauté.

SECTION II

B. — EN QUELS BIENS DOIT-ON EFFECTUER LE REMPLOI ?

Pour savoir les biens dans lesquels le remploi peut être effectué il faut s'en rapporter uniquement aux stipulations du contrat de mariage. Le plus généralement il précisera les conditions dans lesquelles le mari sera tenu d'effectuer le remploi. Mais il arrive exceptionnellement cependant que le contrat soit muet sur ce point.

(5) Bezard Falgas, *op. cit.*, n° 423. Lettre de la Cie des agents de change du 25 mai 1920, adressée à la Cie P.-L.-M.

§ 1. — SILENCE DU CONTRAT

En dehors d'une clause explicite du contrat de mariage en quels biens le remploi peut-il être effectué ?

En règle générale on peut admettre que les époux ont le choix du bien à acquérir, sauf la responsabilité du mari au cas où le placement aurait été téméraire ou imprudent.

En principe rien ne s'oppose — selon nous — à ce que le remploi soit effectué au moyen de l'acquisition d'un bien de même nature que celui aliéné. La femme ne peut faire grief à quiconque de retrouver dans son patrimoine un bien, immeuble ou valeur mobilière, précisément identique à celui dont elle était antérieurement propriétaire.

C'est ainsi qu'en cas de vente d'un immeuble on pourra toujours remployer en immeuble et en cas de négociation ou remboursement d'un titre de rente ou d'une société on pourra toujours racheter un titre semblable.

Mais la question est plus délicate de savoir s'il est possible de remployer le prix d'un immeuble en valeurs mobilières ou inversement le prix de valeurs mobilières en immeubles.

Il faut, pour résoudre ce problème, distinguer selon que l'on se place sous un régime de communauté d'acquêts ou sous un régime dotal.

a) *Régime de communauté d'acquêts.*

Il faut se rappeler que sous ce régime la femme garde en principe sa capacité d'aliéner sans l'autorisation de son mari.

Il faut retenir également que le mari n'a pas plus

le pouvoir de vendre les meubles que les immeubles.

Libre sous ce régime de conserver toute la mobilité de son patrimoine comme aussi de stipuler une condition à cette mobilité, n'ayant point interdit le remploi d'immeubles à meubles, ni celui de meubles à immeubles, il nous apparaît que rien ne peut s'opposer au remploi de l'un à l'autre et en particulier en valeurs mobilières dont le mari ne peut en principe pas plus disposer que des immeubles.

A cette opinion généralement approuvée de vieux arrêts ont parfois opposé un argument de texte tiré des articles 1434 et 1435 qui supposeraient seulement le remploi d'immeubles en immeubles⁽⁶⁾.

Nous avons déjà eu l'occasion d'indiquer que ces articles 1434 et 1435, qui se situent dans la logique du régime de communauté légale où en principe les meubles sont communs, ne sont pas, à cause de cela, exclusifs du remploi des meubles quand ceux-ci sont réalisés au sens étymologique du terme. Mais nous pensons aussi que du point de vue spécial du remploi d'immeubles en valeurs mobilières le texte même des articles 1434 et 1435 n'a pas la portée qu'on lui prête, car s'il est bien question du remploi du prix d'un immeuble, le législateur ne stipule nullement que ce remploi a lieu en immeubles plutôt qu'en meubles.

Dans notre opinion, qui est celle de la doctrine en général et de la jurisprudence, rien ne s'oppose donc à ce que l'on passe au moyen du remploi d'une propriété immobilière en une propriété mobilière et in-

(6) J. G. Dalloz, v° Contrat de Mariage, 1841, S. 1481 ; Cod. civ. ann. Dal., art. 1434, n° 25 ; Rodière et Pont, t. I, n° 681, 2° éd. ; Douai, D. P. 47-2-198 ; Rennes, eod. 199 ; *Contra*, Guillouard, t. 3, p. 15, n° 476 ; t. IV, n° 1957. — Baudry Lacantinerie, t. I, n° 386. — Planiol, t. IX, p. 710 ; t. VIII, n° 503 et jurisprudence.

versement, au moins dans le régime de communauté d'acquêts.

b) *Régime dotal.*

La question est un peu différente sous le régime dotal du fait que les meubles sont aliénables entre les mains du mari.

Si donc la clause du contrat de mariage s'applique seulement en cas d'aliénation d'immeubles et non en cas d'aliénation de meubles, remployer le prix de l'immeuble dotal en valeurs mobilières, c'est donner au mari la possibilité d'aliéner librement ce qui, à l'origine, n'était aliénable que sous condition. Dans cette hypothèse le remploi ne nous paraît possible qu'en immeubles.

Au contraire si la clause s'applique tant aux immeubles dotaux qu'aux valeurs dotales, c'est-à-dire si meubles et immeubles sont régis par le même statut juridique de l'aliénabilité conditionnée, rien ne s'oppose — selon nous — à ce que de même que sous le régime de communauté le remploi puisse s'effectuer de l'un à l'autre.

§ 2. — CLAUSE SPÉCIALE DU CONTRAT

Nous l'avons dit le plus souvent le contrat de mariage ne laisse pas ainsi au mari la liberté de faire le remploi à son seul entendement. Une clause précise y est généralement insérée pour fixer la nature des biens dont la femme désire constituer sa fortune.

De même qu'il appartient aux époux de stipuler librement les conditions de l'aliénabilité de leurs biens, il leur appartient de déterminer le champ des opérations permises.

Sur ce point encore c'est le contrat de mariage qui

est la loi des parties et qui s'impose à tous ceux tenus d'exécuter ou de surveiller le remploi. Il faut se conformer uniquement à la volonté des époux exprimée dans le pacte matrimonial (7).

Toute acquisition de bien prohibés par le contrat de mariage ne saurait être considérée comme un remploi valable et régulier.

Il est d'ailleurs dans les usages de la pratique notariale d'insérer dans le contrat de mariage une liste très détaillée des biens admis en remploi. Ce peut être uniquement des immeubles mais à l'heure actuelle de telles limitations sont rares. Le plus souvent la clause comprend des valeurs mobilières généralement choisies parmi celles qui offrent de solides garanties et le plus souvent la garantie de l'Etat. Ce peut être uniquement des valeurs d'Etat. Ce peut être aussi des actions aussi bien que des obligations pourvu que la société soit prospère et solide. C'est ainsi que les actions ou parts de la Compagnie de Suez, les actions de la Banque de France, des Compagnies d'assurances, sont très souvent au nombre des valeurs choisies par les époux.

Cependant on a pu se demander si les actions de jouissance remplissaient les conditions voulues pour que le remploi soit effectué utilement. En effet les actions de jouissance ne représentent plus un capital. Elles n'ont de valeur qu'autant que la société fonctionne et fait des bénéfices, bénéfices qui appartiennent d'ailleurs à la communauté. Mais lors de la cessation de l'activité sociale elles se trouvent en quelque sorte vidées de leur contenu. Elles n'ont en somme qu'une valeur boursière et non pas une valeur fondamentale. Elles ne correspondent pas à une part du capital social. Les parties sont évidemment libres de décider l'utilisation de semblables titres mais à

(7) Req. 8 janvier 1877, D. 78-1-463 ; Civ. 22 février 1859, D. P. 59-1-117.

défaut de stipulation précise nous estimons que le mari ne saurait sans danger en faire l'acquisition pour tenir lieu de remploi⁽⁸⁾.

Il faut donc se conformer aux indications qui résultent du contrat de mariage dans le choix des valeurs susceptibles d'être acquises en remploi.

Et nous aurons à nous demander si cette liste des valeurs indiquées est limitative ou seulement énonciative.

Il s'agit évidemment d'une question d'interprétation des conventions qui varie selon la rédaction des clauses et qui échappe au contrôle de la Cour de Cassation⁽⁹⁾.

En général l'énumération des valeurs désignées est faite d'abord nommément. Elle peut être faite aussi en indiquant seulement les qualités et les caractères qu'elles devront présenter. C'est ainsi que l'on indique parfois que le remploi aura lieu en valeurs jouissant de la garantie de l'Etat ou en valeurs admises en couverture d'avances par la Banque de France.

Dans tous ces cas et surtout dans celui où les valeurs sont spécifiquement désignées, nous estimons que cette énumération est limitative et non seulement énonciative⁽¹⁰⁾.

Nous entendons que l'on argumente des nécessités pratiques, de ce qu'une clause trop stricte peut être néfaste aux intérêts de la femme, de ce qu'il faut surtout rechercher l'esprit des contractants qui généralement ont voulu rendre la clause la plus compréhensive possible, plutôt que la lettre du contrat⁽¹¹⁾.

(8) Bézard-Falgas, *op. cit.*, n° 440.

(9) Civ. 22 février 1859, *loc. cit.*

(10) Rouen, 21 octobre 1927 *Semaine Juridique*, 1928, p. 440.

(11) Note sous arrêt Rouen précité.

Nous estimons — pour notre part — qu'il est préférable de rester dans la ligne de la jurisprudence en interprétant de façon stricte ces clauses exorbitantes du droit commun.

Si les époux ont voulu se créer des garanties il ne faut pas laisser au mari une appréciation toute relative du point de savoir si la sécurité de certaines valeurs les rend assimilables à celles qui sont indiquées dans le pacte matrimonial comme pouvant servir de reraiploi. La discussion sur ce point pourrait être sans limite. Il faut donc de toute nécessité enfermer dans des frontières précises les possibilités de choix du mari quant à la nature des valeurs tenant lieu de reraiploi.

C'est pourquoi seule une interprétation limitative de la clause, en ce sens que le mari ne peut à son gré y déroger, nous semble dans la logique de l'institution juridique.

Ainsi c'est seulement la volonté des parties qui fixe la nature et l'espèce des biens qui doivent servir de reraiploi.

§ 3. — EXCEPTION A CETTE RÈGLE

A cette rigidité des conventions matrimoniales qui constituent la loi des parties, le législateur a, dans certains cas, apporté des dérogations. Et dans une série de lois que nous aurons à examiner il a édicté que dans tous les cas où le reraiploi serait autorisé ou prescrit en immeubles, les parties auraient aussi le droit de faire le reraiploi en titres de rentes ou en des titres jouissant de la garantie de l'Etat.

Antérieurement à ces lois la question avait déjà été posée de savoir si l'on pouvait assimiler les rentes aux immeubles et la jurisprudence antérieure à

1862 ⁽¹²⁾ avait conclu à l'impossibilité de cette assimilation alors que certains auteurs ⁽¹³⁾ l'admettaient. C'est cette jurisprudence qui détermina les textes législatifs nécessaires à créer cette assimilation.

Avant d'examiner le détail de ces textes qui valident en somme, à un remploi en immeubles voulu par les parties, la substitution d'un remploi en valeurs mobilières, nous aurons à nous demander comment peut se justifier une telle mesure exorbitante du droit commun.

En principe la convention des parties n'appartient pas au législateur qui ne peut substituer sa volonté à la leur. Les contrats passés doivent être respectés. Mais cette règle n'est, hélas ! qu'une règle de « déontologie » législative et à défaut d'une juridiction statuant sur la constitutionnalité des lois, personne ne peut contester la souveraineté de la loi. Le législateur peut imposer sa volonté aux contractants.

En la matière que nous étudions le législateur a-t-il fait acte de souveraineté, dérogeant ainsi au principe de l'autonomie de la volonté ?

En réalité le législateur, à cette époque, respectait encore les apparences et entendait sauvegarder la force obligatoire des contrats ; aussi a-t-il donné à cet ensemble de lois un caractère supplétif de la volonté des parties et il a stipulé que cette substitution des valeurs mobilières d'Etat à des immeubles pouvait toujours avoir lieu, sauf « clause contraire ».

Ainsi, faisant application de cette règle générale d'interprétation qui veut que dans les situations imprévues dans le contrat on s'en rapporte aux règles

(12) Aubry et Rau, t. 5, § 537 ; Caen, 8 mai 1838 ; Toulouse, 19 mai 1824.

(13) Troplong, t. 4, n° 3422 ; Marcadé, t. 6, art. 1557, n° 3 ; Caen, 13 nov. 1847, D. P. 49-2-240 ; Riom, 16 janvier 1856, D. P. 57-2-79.

légales, on a, en matière de remploi, interprété l'intention des parties comme étant d'autoriser le remploi en fonds d'Etat toutes les fois qu'il le sera en immeubles.

Sur ce point particulier on ne doit donc pas interpréter les clauses de remploi d'une façon stricte, mais il faut au contraire admettre que l'autorisation de remployer en fonds d'Etat est incluse tacitement dans le champ contractuel, une clause expresse étant au contraire nécessaire pour les en exclure.

A la vérité cette analyse démontrerait que l'intangibilité des contrats est respectée puisqu'il ne s'agit que de lois interprétatives auxquelles se réfère la volonté des parties.

Mais à vrai dire ceci n'est qu'une apparence, car pour rester dans la logique de cette thèse il faudrait à tout le moins que ces lois ne soient pas rétroactives et qu'elles ne s'appliquent que dans des espèces où le contrat de mariage leur est postérieur, c'est-à-dire dans des cas où les futurs époux, au courant de la législation existante, ont pu, en connaissance de cause, se référer à la loi. Au contraire doctrine et jurisprudence ont toujours admis que les lois qui se succèdent les unes aux autres autorisant le remploi en telle ou telle valeur quand il est permis en d'autres biens, s'appliquent même aux contrats en cours. C'est-à-dire dans des hypothèse où les époux n'ont pu précisément prévoir le remploi dans des titres qui, à l'époque du mariage, n'existaient pas.

Nous entendons que les auteurs et la jurisprudence ⁽¹⁴⁾ justifient cette application en disant que

(14) Aix, 23 mai 1866, D. 66-5-406 ; Bourges 16 mars 1870, D. P. 70-2-140 ; Caen, 8 janvier 1872, D. 74-5-426 ; Rouen, 30 mai 1877, D. 78-2-24 ; Capitant, p. 236 ; Guillouard, t. II, n° 18 ; Planiol, t. VIII, n° 504.

ces textes de lois dont les époux sont libres de ne point user, n'ouvrent qu'une simple faculté et ne leur créent pas d'obligation.

Pour notre part nous ne saurions adopter cette opinion car les lois de la matière n'ont point fait qu'ouvrir une simple faculté mais elles ont autorisé ce que les époux n'avaient pas stipulé. Elles permettent au mari d'agir d'une façon licite au delà des termes du contrat de telle sorte qu'elles mettent en échec la règle de l'immutabilité des conventions matrimoniales.

C'est donc bien en réalité la souveraineté de la loi qui, en ces matières, s'est ajoutée à la volonté des époux.

Cette analyse n'est d'ailleurs pas d'une portée purement théorique et nous aurons plus loin dans l'examen des divers textes de lois autorisant le emploi en fonds d'Etat à en montrer l'utilité pour déterminer si tous ces titres peuvent toujours tenir lieu de emploi à défaut de clause contraire du contrat de mariage.

§ 4. — QUELLES SONT DONC LES VALEURS AINSI SUSCEPTIBLES D'ÊTRE ADMISES EN EMPLOI PAR DÉROGATION AU DROIT COMMUN DU CONTRAT DE MARIAGE ET AUX LIEUX ET PLACES DE BIENS ADMIS EN EMPLOI PAR CE CONTRAT ?

DE QUELS TEXTES RÉSULTENT CES DÉROGATIONS LÉGALES ?

La législation de la matière présente trois séries de textes.

Nous aurons à examiner successivement chacun de ces textes et à en déterminer la portée exacte.

a) La première série de textes concerne les rentes sur l'Etat. C'est l'article 46 de la loi du 2 juillet 1862

qui a admis, pour la première fois, l'équivalence entre les immeubles et la rente 3 %. Jusque-là, en l'absence de textes, la question de savoir si les rentes équivalaient aux immeubles avait donné lieu à une jurisprudence divisée, mais dont la majorité excluait la possibilité du remploi en rentes ⁽¹⁵⁾. La loi de 1862 mit fin à cette controverse.

Mais le texte fondamental, reproduisant d'ailleurs cet article 46, est en réalité l'article 29 de la loi du 16 septembre 1871 qui stipule :

« Les sommes dont le placement ou le remploi en
« immeubles est prescrit ou autorisé par la loi, par
« un jugement, par *un contrat*, par une disposition
« entre vifs ou testamentaire, peuvent à moins de
« *clause contraire* être employées en rentes françai-
« ses de toute nature. »

Ce texte établit ainsi pour *toutes les rentes* l'équivalence avec les immeubles.

De plein droit, nonobstant les termes de la clause du contrat de mariage stipulant que le remploi aura lieu en immeubles, les parties se trouvent autorisées à remployer valablement en rentes sur l'Etat.

Il suffit que deux conditions soient rassemblées : 1° que le contrat stipule que le remploi aura lieu en immeubles ; 2° qu'aucune clause du contrat ne démontre l'intention des parties d'exclure le remploi en rentes sur l'Etat, c'est-à-dire de se refuser à appliquer l'équivalence établie par la loi.

En ce qui concerne la première condition : on peut se demander si c'est seulement au cas où le remploi doit avoir lieu en immeubles que le remploi en rentes est possible ou si l'on ne peut pas étendre également cette possibilité dans d'autres hypothèses par exemple dans le cas où le remploi serait autorisé en

(15) Références précitées, notes 12-13.

des valeurs présentant moins de garanties que les immeubles. On pourrait, en effet, raisonner en disant : la loi assimile les rentes aux immeubles qui ne sont pas de même nature juridique que les rentes dont la nature est mobilière. Dès lors qu'il est ainsi rendu possible de substituer des meubles à des immeubles, il est *a fortiori* possible de substituer des meubles à des meubles, c'est-à-dire les rentes à d'autres valeurs mobilières qui présenteraient moins de garantie que les immeubles.

A notre connaissance, la question ne s'est jamais posée en jurisprudence, car, en réalité, lorsque les époux stipulent un emploi en valeurs mobilières ou bien ils en laissent le choix au mari — et dans ce cas la question ne se pose pas — ou bien ils en déterminent les espèces sans y comprendre les rentes, et cette énumération est alors exclusive de la volonté de remployer en rentes sur l'Etat, car les textes n'établissent l'équivalence des rentes qu'avec les immeubles proprement dits et non avec d'autres biens.

C'est donc uniquement lorsque le remploi est prescrit en immeubles qu'il est licite de remployer en rentes sur l'Etat.

Encore faut-il, dit la loi, qu'il n'y ait aucune clause contraire.

b) Qu'entend-on par clause contraire ?

C'est évidemment la clause qui démontre la volonté des époux d'exclure le remploi en rentes sur l'Etat.

Que selon les opinions la loi constitue une interprétation de volonté ou une autorisation souveraine, tout le monde est cependant d'accord pour admettre que, pour déroger à cette interprétation de volonté ou à cette autorisation, il est nécessaire que l'intention en

soit nettement exprimée et qu'il résulte clairement de la clause que les époux veulent remployer d'une façon exclusive en d'autres biens.

C'est ainsi qu'il a été jugé que la simple prescription d'achat d'immeubles est insuffisante puisque, précisément, la loi assimile les rentes aux immeubles⁽¹⁶⁾.

De même — et ceci a prêté à controverse — il a été jugé que la clause stipulant le remploi en biens de même nature que ceux aliénés, n'était pas la clause contraire excluant le remploi en rentes, celles-ci étant légalement équivalentes aux immeubles⁽¹⁷⁾.

M. Guillouard (t. II, n° 479) a critiqué à juste titre — selon nous — cette jurisprudence, car, dit-il, si, par suite d'une fiction, le législateur a assimilé quant au remploi les rentes aux immeubles, il n'a pas pour autant changé *la nature* des rentes qui est toujours mobilière. Lors donc que les parties veulent un remploi en biens de même nature que ceux aliénés, on ne peut dire que les rentes sont de même nature qu'un immeuble.

Au contraire, il n'a jamais fait doute que les clauses selon lesquelles le remploi aura lieu en immeubles ruraux⁽¹⁸⁾ ou en immeubles réels⁽¹⁹⁾ ou en immeubles situés dans telles régions⁽²⁰⁾ ou en biens qui ne peuvent être aliénés qu'à charge de fournir hypothèque ou caution⁽²¹⁾, constituaient les clauses contraires visées par la loi car elles démontrent, par leur précision la volonté des époux que le remploi ait lieu en immeubles véritables et non en biens assimilés.

(16) Montpellier, 19 juin 1872, D. P. 73-5-398.

(17) Caen, 8 janvier 1872, D. P. 74-5-425 ; Rouen, 30 mai 1877, D. P. 78-2-24.

(18) Rouen, 18 janvier 1870, D. P. 71-2-224.

(19) Caen, 26 janvier 1872, D. P. 74-5-426.

(20) Aix, 23 mai 1866, Sir. 66-2-324.

(21) Cass. 8 janvier 1877, D. P. 78-1-463.

c) L'article 29 de la loi du 16 septembre 1871 que nous venons d'analyser est applicable à toutes les rentes sur l'Etat français et les diverses lois qui ont autorisé les emprunts ont, pour la plupart, renvoyé purement et simplement à cet article 29 (articles 3 de la loi du 11 juin 1878 — art. 3 du 27 avril 1883 — art. 3 du 17 janvier 1894 — art. 3 du 9 juillet 1902).

§ 5.

La seconde série de textes concerne des titres qui, bien que ne présentant pas les caractères de la rente française, lui sont cependant assimilés.

Les textes autorisant cette équivalence se reportent eux aussi à l'article 29 de la loi du 16 septembre 1871, généralement dans les termes suivants :

« Les obligations émises pourront être affectées
« aux emplois et placements spécifiés par l'arti-
« cle 29 de la loi du 16 septembre 1871. »

Les valeurs soumises à ce régime sont notamment les obligations des chemins de fer de l'Etat (article 44 de la loi du 13 juillet 1911), les Bons de la Défense Nationale (article 1 de la loi du 10 juillet 1915), les obligations des P. T. T. (article 77 de la loi du 30 juin 1923, D. P., 1924-4-102).

Comme les titres de rente et dans les mêmes conditions, ces valeurs peuvent valablement — à moins de clause contraire — tenir lieu de emploi quand le contrat de mariage le prescrit en immeubles.

§ 6.

La troisième série de textes présente des caractères un peu différents et sa rédaction défectueuse en rend l'interprétation plus délicate.

En voici les termes généralement utilisés et que nous extrayons de la législation sur les titres du Crédit National :

« Les Obligations du Crédit National gagées par
« une annuité de l'Etat peuvent servir d'emploi ou
« de remploi aux fonds des incapables, des femmes
« mariées, quel que soit leur régime matrimonial, des
« communes, des établissements publics et d'utilité
« publique et autres particuliers et collectivités auto-
« risés ou obligés à convertir leurs capitaux en ren-
« tes sur l'Etat. »

Parmi les emprunts régis par un texte analogue, on trouve, en dehors des obligations du Crédit National, les obligations émises après la guerre, pour mobiliser les dommages de guerre, par les groupements de sinistrés, celles émises par les communes ou groupements de communes ou les départements pour venir en aide aux sinistrés.

On aperçoit tout de suite que ce texte ne se réfère plus à l'article 29 de la loi du 16 septembre 1871 et qu'il se suffit à lui-même.

Il est du reste à remarquer que ce qui justifie cette mesure particulière c'est que ces valeurs ne sont pas directement garanties par l'Etat, mais sont seulement gagées par des annuités que l'Etat verse aux collectivités émettrices qui sont cependant en fait soumises à un contrôle de l'Etat.

Deux caractères particuliers distinguent ces valeurs soumises au nouveau texte de celles soumises à l'article 29 de la loi du 16 septembre 1871. C'est d'abord que le législateur n'a pas cette fois reproduit les expressions « prescrites par contrat » et « à moins de clause contraire » et que, d'autre part, il n'est pas créé d'équivalences avec les immeubles mais avec les rentes sur l'Etat.

Le premier caractère pose la question de savoir

dans quelle mesure le remploi est régulier en présence d'un contrat de mariage qui n'indique pas, comme pouvant servir de remploi, ces titres des groupements de sinistrés ou du Crédit National.

On s'est demandé en effet — et la Cour de Rouen ⁽²²⁾ a résolu le problème par la négative — si le fait qu'il n'était pas question d'établir une équivalence avec des biens dont le remploi était « prescrit par contrat » permettait d'user valablement de cette équivalence quand on se trouvait dans un domaine contractuel arrêté par les parties.

Le problème pouvait d'autant se poser que l'on ne réservait pas la possibilité d'échapper à une assimilation légale au moyen d'une clause contraire, ce qui en fait semblait supprimer la liberté contractuelle.

C'est ainsi que la Cour de Rouen fut amenée à décider que le législateur n'avait pas voulu en l'occurrence substituer sa volonté à celles des parties, affirmant en somme que les lois de 1921 et 1923 sur les groupements de sinistrés n'avaient, en cette matière, qu'une portée indicative qui ne permettait pas de substituer aux valeurs et même aux rentes désignées limitativement dans le contrat de mariage les obligations de ces groupements.

En réalité la Cour de Rouen méconnaissait ainsi le caractère impératif de cette série de lois et leur prééminence générale sur les contrats, car il semble bien cependant que, malgré une rédaction moins précise du texte de 1921 et 1923, le législateur a entendu appliquer aux obligations émises par les groupements de sinistrés, les principes applicables en matière de rentes sur l'Etat et valeurs assimilées.

Le fait que le texte stipule que ces titres « peuvent servir d'emploi ou de remploi... aux fonds des fem-

(22) Rouen, 21 octobre 1927, *Semaine Juridique*, 1928, p. 440.

mes mariées *quel que soit leur régime matrimonial*, quand elles sont *autorisées* ou *obligées* à convertir leurs capitaux en rentes sur l'Etat », démontre bien que cette disposition doit s'appliquer même dans le domaine conventionnel puisque, s'agissant de femmes mariées, cette *obligation* de remployer en rentes sur l'Etat ne peut précisément résulter que de son contrat de mariage.

L'absence de la restriction « à moins de clause contraire » ne nous paraît même pas devoir modifier les principes en usage précédemment et supprimer complètement la liberté contractuelle, car si la loi ouvre la possibilité légale de substituer certaines valeurs à d'autres valeurs fixées contractuellement comme devant servir de remploi, elle n'en fait pas une obligation et il est donc toujours possible aux époux d'exclure cette équivalence légale.

Cassant l'arrêt de la Cour de Rouen, la Cour de Cassation⁽²³⁾ a du reste décidé que les articles 2 de la loi du 24 mars 1921 modifiée par les articles 105 et 109 de la loi du 30 juin 1923, n'avaient pas qu'une portée indicative mais trouvaient leur application dans le domaine contractuel toutes les fois que les parties avaient convenu d'un remploi en rentes sur l'Etat.

La Cour de Cassation consacrait ainsi implicitement le caractère de souveraineté de cette loi qui, se substituant aux conventions, en étend la portée au delà des limites prévues.

§ 7. — DANS QUELLES HYPOTHÈSES POURRA-T-ON AINSI
REMPLOYER PAR ÉQUIVALENCE EN VALEURS SOU-
MISES AU TEXTE QUE NOUS ÉTUDIONS, C'EST-A-DIRE :
CRÉDIT NATIONAL OU OBLIGATIONS DES GROUPEMENTS
DE SINISTRÉS ?

(23) Cass. Civ., 20 janvier 1932, D. H. 1932, p. 129.

Nous avons vu que les diverses lois autorisant ces emprunts n'ont pas cette fois stipulé que la substitution serait possible dans le cas où le emploi est prescrit en *immeubles*, mais cette fois, dans des cas où les incapables et les femmes mariées en particulier sont « autorisés ou obligés à convertir leurs capitaux en rentes sur l'Etat ».

Si le contrat de mariage oblige au emploi en rentes sur l'Etat, il n'existe aucune difficulté, mais dans l'hypothèse où le emploi devrait, aux termes du contrat de mariage, avoir lieu en *immeubles*, l'assimilation serait-elle possible ?

On pourrait, en effet, se demander s'il ne serait pas possible, par une « cascade » d'équivalences, d'assimiler les titres du Crédit National ou des groupements de sinistrés, aux *immeubles*.

En effet : on pourrait soutenir que le emploi prescrit en *immeubles* est autorisé en rentes sur l'Etat.

Or puisque le législateur de 1919-1921 et 1923 a établi l'équivalence entre les titres des groupements de sinistrés et du Crédit National chaque fois que le emploi serait « autorisé en rentes sur l'Etat » lorsque le emploi est prescrit en *immeubles* on se trouve précisément dans un des cas où le emploi est autorisé (par la loi) en rente sur l'Etat.

Dans l'ouvrage de Planiol et Ripert, M. Nast⁽²⁴⁾ a émis pour sa part l'opinion, sans du reste entrer dans cette discussion, que ces valeurs étaient assimilables aux *immeubles*.

Postérieurement, cependant, dans une note sous l'arrêt de Rouen précité, il estimait douteux que le emploi soit régulier si le contrat avait seulement prescrit un emploi en *immeubles* (D. P., 1929-2-80).

Pour notre part, nous estimons que l'assimilation

(24) Planiol et Ripert t. VIII, n° 503.

de valeurs rendues légalement équivalentes aux rentes sur l'Etat ne les rend pas pour autant équivalentes aux biens auxquels ces rentes sont elles-mêmes assimilées. On ne peut ainsi étendre à l'infini la portée des textes légaux.

L'autorisation ou l'obligation de remployer en rentes sur l'Etat doit être — selon nous — directe et non indirecte et résulter de la clause elle-même qui est la source de l'obligation de remploi. Or on serait en présence d'une autorisation indirecte si le contrat obligeait seulement au remploi en immeubles. C'est donc uniquement quand le remploi est prescrit en rentes sur l'Etat qu'il est possible de leur substituer les titres du Crédit National ou des groupements de sinistrés.

Cette théorie semble d'ailleurs être celle de la Cour de Cassation car, dans son arrêt du 20 janvier 1932, elle a pris le soin de noter qu'indépendamment de l'autorisation de remployer en immeubles le contrat autorisait directement le remploi en rentes sur l'Etat, ce qui justifiait la régularité du remploi par équivalent en obligations d'un groupement de sinistrés.

§ 8.

Le même problème pourrait se poser également pour les obligations du Crédit Foncier ou les Obligations Communales, car les textes (articles 46 du décret du 28 février 1852 et 5 de la loi du 6 juillet 1880) sont rédigés dans des termes sensiblement analogues. Ces valeurs peuvent également servir de remploi aux fonds des incapables toutes les fois qu'ils sont autorisés en rentes.

Bien qu'il ne soit pas précisé que ce texte s'applique aux femmes mariées et qu'il est dérogaire à la lettre du contrat de mariage, nous estimons cepen-

dant qu'à cause de la généralité de ses termes, il leur est cependant applicable.

§ 9.

En dehors de ces textes, la loi du 9 mars 1923 sur le régime des chemins de fer a encore créé une autre équivalence : celle des obligations émises par les Compagnies avec les valeurs garanties par l'Etat.

A la suite de la convention passée entre l'Etat et les Compagnies de chemin de fer en 1921, de graves questions s'étaient, en effet, posées en ce qui concerne le remploi en valeurs de chemins de fer.

Jusque-là les obligataires et les actionnaires jouissaient de la garantie de l'Etat qui s'ajoutait à la garantie du réseau pour le paiement des intérêts ou dividendes et l'amortissement des titres. Or à ce régime la convention de 1921 a substitué celui de la solidarité des réseaux, l'Etat n'intervenant plus que pour consentir des avances et absorber, le cas échéant, une large part des bénéfices, mais n'apportant plus sa garantie.

Dans ces conditions, il semble qu'il devenait impossible de faire le remploi en valeurs de chemin de fer dans les cas où le contrat de mariage stipulait qu'il aurait lieu en valeurs garanties par l'Etat et même les fonds employés jusque-là en de telles valeurs perdant la garantie exigée par la convention devaient être remployés en de nouveaux titres rentrant cette fois dans le cadre tracé par les parties.

Aussi la loi du 9 mars 1923, pour éviter ce trouble qui aurait privé les Compagnies d'une grande partie de leurs prêteurs, a édicté que les obligations des Compagnies : Nord, P.-L.-M., Est, P.-O., Midi, Grande-Ceinture, Etat, Alsace-Lorraine, étaient compri-

ses au nombre des valeurs admises pour tous emplois et remplois de fonds en valeurs garanties par l'Etat.

Quoique ne présentant pas la garantie de l'Etat la volonté du législateur assimile donc ces obligations aux valeurs qui en bénéficient et il semble donc que lorsqu'un contrat de mariage stipule que le remploi sera effectué en valeurs garanties par l'Etat on puisse utiliser les obligations de chemin de fer, bien qu'elles ne jouissent pas de cette garantie.

C'est encore là une fiction législative qui déroge à l'intention cependant précise des parties.

Les Tribunaux⁽²⁵⁾, malgré les travaux préparatoires de la loi du 9 mars 1923, ne s'attachant pas à la lettre du texte, estiment du reste que les bons décennaux émis par les Compagnies de chemin de fer ne présentent aucune différence juridique avec les obligations et sont eux aussi assimilables aux valeurs garanties par l'Etat.

Toutefois, on estime généralement⁽²⁶⁾ qu'il ne saurait en être de même des bons de caisse émis par les Compagnies de chemin de fer pour les facilités de leur trésorerie, car ces bons sont émis librement par les réseaux alors que les obligations et les bons décennaux ne sont émis que sur l'autorisation du Ministre des Finances et du Ministre des Travaux Publics et dans la limite d'un plafond fixé chaque année par la loi.

§ 10.

Outre ces équivalences établies par un texte, on s'est aussi posé la question de savoir si certaines valeurs mobilières, les obligations du Crédit Foncier,

(25) Trib. Seine, 19 déc. 1924, D. P. 1926-2-149, note M. Nast.

(26) *Id.*, note M. Nast.

n'étaient pas assimilables à des prêts hypothécaires et ne pouvaient faire l'objet d'un remploi quand celui-ci est autorisé en ces sortes de prêts.

En effet, on sait que les fonds empruntés par le Crédit Foncier servent à consentir des prêts hypothécaires qui gagent ainsi les emprunts obligataires.

Certains arrêts et certains auteurs ont admis cette assimilation ⁽²⁷⁾.

Pour notre part, nous estimons que cette jurisprudence ne tient pas compte de la situation juridique exacte.

En effet, on ne peut vraiment dire que le porteur d'une obligation du Crédit Foncier détient un droit hypothécaire quelconque analogue à une cédula hypothécaire comme certaines Sociétés en ont répandu depuis un certain nombre d'années. C'est l'établissement du Crédit Foncier, personne morale indépendante de la personnalité de ses créanciers, qui consent les prêts hypothécaires et en fait son affaire personnelle. Mais les obligataires n'ont qu'un droit de créance pur et simple contre le Crédit Foncier et sans garantie hypothécaire, de telle sorte que la carence des débiteurs hypothécaires ne sauraient influer sur les droits des obligataires.

A notre avis, aucune assimilation ne saurait donc être faite entre les obligations du Crédit Foncier et les prêts hypothécaires.

§ 11.

En dehors de ces exceptions, dont les époux peuvent d'ailleurs se refuser à tenir compte au moyen

(27) Dijon, 16 août 1861, S. 61-2-543 ; Limoges, 17 mai 1865, S. 65-2-169 ; Montagnon, Traité sur les sociétés de crédit foncier, n° 204 ; Julliot, n° 156 ; *Contra*, Lenfantin, Etude sur les obligations, n° 87.

d'une clause contraire, c'est uniquement le contrat de mariage qui détermine les biens dans lesquels le remploi doit être effectué.

Dans l'hypothèse où cette loi contractuelle ne serait pas respectée, le remploi serait considéré comme irrégulier et nous aurons plus loin à examiner les conséquences de cette irrégularité en traitant de la responsabilité en cas de défaut de remploi.

CHAPITRE V

REGLES DE FOND ET DE FORME DE L'EMPLOI ET DU REMploi

Pour que l'opération d'emploi ou de remploi soit régulière et efficace et que le bien acquis en remploi ait le caractère dotal ou propre, bien qu'il fût acquis durant le mariage, il est nécessaire qu'un certain nombre de conditions de fond et de forme soient observées.

Sans étudier complètement le détail de ces conditions, nous nous proposons de les examiner dans leurs rapports avec les valeurs mobilières.

SECTION I

REGLES DE FOND

§ 1^{er}.

L'opération de remploi consiste essentiellement à être propriétaire d'un bien dont le caractère est d'être propre ou dotal, à l'aliéner et à en réinvestir le prix, de même que l'emploi consiste plus simplement à être propriétaire de deniers au moyen desquels on achète un corps certain qui devient propre ou dotal.

La première condition de validité de l'emploi ou du remploi c'est donc l'existence de biens propres ou dotaux dans le patrimoine de la femme.

On ne pourrait, par conséquent, acquérir, au cours du mariage, des valeurs mobilières pour le compte de la femme à titre de remploi, si, à cette époque, elle n'était propriétaire d'aucun bien susceptible précisément d'être employé ou remployé. Ce serait en effet véritablement contraire à la règle que l'on ne peut, au cours du mariage, constituer à la femme des propres au moyen de biens communs, et contraire aussi à la règle que la dot ne peut être augmentée durant le mariage.

§ 2.

La seconde condition, c'est la transformation en deniers du bien propre ou dotal.

C'est en effet la valeur de ce bien qui doit être remployé et c'est son prix qui, normalement, doit servir à payer la nouvelle acquisition faite en remploi. Normalement ce n'est donc qu'après cette transformation en deniers, par suite d'aliénation, que l'on procédera à cette nouvelle acquisition.

Toutefois et spécialement quand il s'agit de valeurs mobilières, ce procédé logique et qui correspond exactement à l'analyse juridique du remploi n'est pas sans de graves inconvénients. En effet, il faut tenir compte que, dans maintes hypothèses, le mari, pour toucher le produit de la vente du bien propre ou dotal, sera tenu de justifier préalablement du remploi

S'il s'agit par exemple de titres nominatifs que l'on veut aliéner au moyen d'un marché direct, l'établissement débiteur, avant de procéder au transfert, est, en effet, en droit d'exiger la justification du remploi, et comme il est certain que l'acquéreur ne se libérera de son prix qu'une fois le transfert effectué, on se trouve dans une impasse inextricable, l'établissement débiteur se refusant à faire le transfert sans justifi-

cation du emploi, l'acquéreur se refusant à payer tant que le transfert n'aura pas eu lieu et se trouvant d'ailleurs en droit d'exiger lui aussi la justification du emploi, et le mari et la femme vendeurs se trouvant dans l'impossibilité de justifier d'une acquisition faite précisément avec les fonds qui doivent revenir de l'aliénation des titres nominatifs.

Il en serait de même en cas de négociation en bourse par l'intermédiaire d'un agent de change, si le emploi ne doit pas du moins avoir lieu en valeurs de bourse, car l'établissement débiteur, au moment de la conversion au porteur et l'agent de change aussi, auraient le droit d'exiger les mêmes justifications du emploi.

Toutefois pratiquement lorsque le emploi doit avoir lieu en valeurs de Bourse et que c'est l'agent de change lui-même qui y procède, la plupart des établissements débiteurs acceptent généralement de procéder à la conversion préalable à la négociation sur l'engagement de l'agent de change de rapporter ultérieurement la justification du emploi fait par ses soins. Mais dans toutes les autres hypothèses on se heurte au même cercle vicieux.

Aussi la question s'est posée de savoir si, en réalité, la nouvelle acquisition devant tenir lieu de emploi ne pouvait pas valablement être effectuée *avant* la régularisation de la vente du bien propre ou dotal, ce qui permettrait, d'une part, de profiter parfois d'une situation momentanément avantageuse pour faire un arbitrage et aussi d'éviter les difficultés de justification que nous avons montrées plus haut.

La jurisprudence ⁽¹⁾ et la doctrine, malgré quel-

(1) Planiol et Ripert, t. VIII, n° 505 ; Aubry et Rau, t. V. § 507, 4° éd. ; Req. 8 nov. 1886, D. 87-1-395 ; Req. 7 juillet 1891, D. 92-1-185 (emploi de titres de rente).

ques dissidences, ont admis la validité de ce remploi par anticipation en matière d'immeubles et aucune raison n'existe pour qu'il n'en soit pas de même en ce qui concerne les valeurs mobilières.

Le grave inconvénient de ce procédé est pourtant d'exiger des époux des disponibilités liquides puisqu'en somme c'est ainsi la communauté ou le mari qui déboursent le prix de la nouvelle acquisition et en font l'avance à la femme.

Il est vrai que la Cour de Cassation valide comme opération de remploi une acquisition dont le prix n'est pas encore payé⁽²⁾.

Mais il est à craindre que les établissements débiteurs et les tiers responsables exigent non seulement justification du remploi mais aussi la quittance de l'acquisition. D'un autre point de vue d'ailleurs de semblables ventes à crédit sont pratiquement à peu près impossibles en matières de valeurs mobilières.

D'autre part, ce remploi par anticipation est encore générateur d'un autre inconvénient, car la jurisprudence et les auteurs⁽³⁾ semblent admettre que tant que la vente du bien propre ou dotal de la femme n'est pas réalisée, l'acquisition n'est elle-même ni propre ni dotale. Aussi pendant la période qui précède la régularisation de la vente du bien propre ou dotal on pourrait en réalité redouter que les créanciers du mari n'acquiescent des droits sur la nouvelle acquisition par exemple au moyen de saisies-arrêts qui seraient faites entre les mains du détenteur des valeurs acquises.

Aussi, si la justification d'une acquisition nouvelle même payée, constitue une garantie pour les tiers

(2) Cass. Civ. 6 janvier 1858, D. P. 58-1-39.

(3) Planiol et Ripert, t. VIII, n° 505 ; Req. 12 avril 1910, D. 1910-1-478 et la note.

responsables du remploi, il y a encore place cependant pour ce risque.

Nous aurons à examiner d'ailleurs quelles sont les justifications qui sont de nature à dégager la responsabilité des établissements ou des débiteurs.

§ 3.

La pratique a imaginé un autre procédé qui est logique et évite ces inconvénients : le séquestre.

Ce procédé, sur la validité duquel nous avons émis quelques réserves quand il devait être une mesure permanente, devient au contraire — selon nous — tout à fait valable quand il s'agit de faciliter l'accomplissement d'une transition dans le patrimoine des époux en assurant la régularité du remploi⁽⁴⁾. Il est d'ailleurs parfois expressément stipulé dans certains contrats de mariage que les tiers pourront ou même devront l'utiliser.

Le mari ou l'établissement débiteur peuvent donc prendre l'initiative de faire nommer un séquestre, soit par requête, soit par voie de référé, soit par une instance principale.

Ce séquestre aura dans ce cas mission de recevoir les titres destinés à être vendus, de procéder ou de faire procéder à cette vente, d'encaisser les fonds provenant de l'aliénation et d'en opérer le remploi pour le compte de la femme.

L'établissement débiteur dans ce cas n'a plus à se refuser à opérer, soit la conversion, soit le transfert sans justification préalable puisque la présence du séquestre lui garantira l'accomplissement du remploi et que les fonds ne passent plus par les mains du mari. De même, l'acquéreur n'a plus de raisons de

(4) Paris, 29 juillet 1919, *Gaz. Pal.*, 1919-2-268.

refuser le paiement de son prix puisqu'il bénéficie d'un transfert accompli et qu'il est garanti lui aussi que le remploi sera effectué au moyen de ses fonds.

Toutefois, certains établissements exigent que la nomination du séquestre soit faite par un jugement du Tribunal au cours d'une instance contradictoire et ne s'en rapportent pas à une nomination par requête ou même par référé. De même les établissements débiteurs seraient en droit de ne pas se considérer comme déchargés par un séquestre conventionnel, la solvabilité et l'honnêteté de ce dernier ne se trouvant pas garanties par l'investiture d'une décision de justice ⁽⁵⁾.

On voit donc que l'inconvénient d'une telle pratique est sa longueur et son coût qui rendent très onéreux toute aliénation.

Quand le remploi doit avoir lieu en valeurs mobilières, il est donc, en réalité, préférable d'avoir recours au ministère d'un agent de change auquel les établissements feront confiance et qui obtiendra le transfert sans justifications préalables et sur son seul engagement de justifier ultérieurement du remploi.

SECTION II

REGLES DE FORME DU REMPLOI

§ 1.

Il ne suffit pas d'acquérir un bien quelconque en remplacement d'un propre ou d'un bien dotal pour que la subrogation réelle s'accomplisse *ipso facto*.

Cette subrogation réelle ne se réalise qu'à la condition d'observer les formes prescrites par les articles 1434-1435 du Code civil.

(5) Bezard Falgas, n° 174, *op. cit.* Voir aussi Julliot, *op. cit.*

Encore que ces textes se situent dans la réglementation de la communauté légale et que l'on ait contesté qu'ils devaient trouver leur application sous le régime dotal⁽⁶⁾, la jurisprudence et la majorité de la doctrine⁽⁷⁾ décident que les règles posées par ces articles 1434 et 1435 devaient être observées sous les uns et les autres régimes, qu'il s'agisse d'ailleurs d'un remploi légal ou d'un remploi conventionnel, comme n'étant en somme que l'application d'une règle de droit commun.

En effet, alors que de plein droit le bien nouvellement acquis est réputé conquêt ou paraphernal, il est nécessaire que l'intention des parties de le rendre propre ou dotal soit révélée extérieurement.

La loi exige donc deux conditions de forme pour que la subrogation se produise :

1° La double mention faite lors de l'acquisition que celle-ci est faite au moyen de deniers propres ou dotaux et pour tenir lieu de remploi.

Il est d'ailleurs indispensable — bien que certains l'aient contesté — que soient réunies ces deux mentions précisant : l'une l'origine des deniers et l'autre la volonté de subroger, car une seule d'entre elles serait insuffisante⁽⁸⁾.

2° L'acceptation de la femme.

(6) Laurent, t. XXIII, n° 519 ; Rep. D. v° Contrat de Mariage, n° 4010.

(7) Grenoble, 21 déc. 1908, D. P. 1909-2-313, note M. Nast ; Aubry et Rau, t. V, n° 534 ; Guillouard, t. 4, n° 1748 ; Planiol et Ripert, t. IX, n° 1083.

(8) Planiol et Ripert, t. VIII, n° 506 ; Civ., 26 juillet 1869, D. 69-1-455 ; 2 mars 1914, D. P. 17-1-187 ; Aubry et Rau, t. V, n° 507.

Titre I

DOIT-ON RESPECTER CES RÈGLES DE FORME EN MATIÈRE MOBILIÈRE ?

§ 1.

On a pu légitimement se poser la question de savoir si ces deux formalités substantielles, et notamment la mention de l'origine des deniers et du remploi, étaient également exigées en matière mobilière et notamment quand on fait un remploi en valeurs mobilières.

En faveur de la négative on pourrait invoquer la raison de texte que nous avons déjà discutée à savoir que les articles 1434 et 1435 ne visent que le remploi en immeubles. D'autre part, en matière mobilière, l'usage n'est pas en général de dresser un acte de vente, la propriété de titres au porteur se transmet par exemple par la simple tradition. Au contraire, les acquisitions immobilières sont toujours constatées par un acte. Doit-on, dans ces conditions, assimiler le remploi en meubles au remploi en immeubles pour exiger les mentions indicatives des articles 1434 et 1435 ?

La jurisprudence fait cette assimilation et considère que les acquisitions de valeurs mobilières sont des conquêts si lors de leur acquisition on n'a pas indiqué l'origine des deniers et que l'acquisition devait tenir lieu de remploi⁽⁹⁾.

C'est ainsi que, dans son arrêt du 2 mars 1914, la Chambre civile de la Cour de Cassation a décidé que des valeurs ne pouvaient avoir le caractère de propres en l'absence des mentions exigées, alors même qu'au moyen de certificats émanant de la Banque de

(9) Orléans 16 janvier 1896, *Gaz. Pal.*, 96-1-210 ; Nancy, 2 juillet 1897, *Gaz. Pal.*, 1898-2-437 ; Cass. 27 juin 1912, *Gaz. Pal.*, 1912-2-266 ; Cass. 2 mars 1914, D. 1917-1-187.

France et de lettres de banquiers, il serait établi que l'on avait procédé à des opérations d'arbitrage et que les titres acquis se trouvaient effectivement subrogés aux valeurs aliénées.

Cependant, un arrêt récent de la Chambre des Requêtes (11 mai 1931, S., 1932-1-41 — Note Ch. Lyon-Caen et *Gaz. Pal.*, 1931-2-268) semble bouleverser tous ces principes pourtant établis jusqu'ici par une jurisprudence cohérente et constante.

Il s'agissait d'un titre de rente qui avait été acquis durant le mariage des époux au moyen de deniers propres à la femme. Il s'agissait d'une indemnité représentative de la valeur de ses bijoux volés qui étaient propres aux termes du contrat de mariage. Cette indemnité n'avait pas été perçue par le mari mais par l'avoué des époux qui l'avait utilisée lui-même pour acheter — sur l'ordre de ses clients — un titre de rente nominatif immatriculé au nom de jeune fille de la femme.

Après le décès du mari ses héritiers contestèrent la qualité de propre de ce titre de rente, aucune subrogation réelle n'ayant pu — selon eux — se produire en l'absence des déclarations prescrites par les articles 1434-1435.

La Cour de Cassation a estimé cette fois que la Cour d'appel ayant souverainement constaté que l'acquisition avait été réalisée par l'avoué mandataire des époux à l'aide de deniers propres et l'immatriculation faite au nom de la femme, cela impliquait nécessairement que le mari avait reconnu l'origine des deniers et avait eu l'intention d'en opérer le remploi.

Par conséquent, contrairement à son arrêt de 1914, la Cour de Cassation semble maintenant admettre qu'il suffit de pouvoir identifier l'origine des fonds et de découvrir l'intention de remployer pour que la subrogation réelle s'accomplisse indépendamment des

déclarations expresses prévues par les articles 1434-1435.

Comment expliquer ces divergences et quelle conclusion en tirer ?

a) On a tenté d'expliquer cet arrêt en disant que la question s'agitant entre mari et femme (ou entre la femme et les successeurs du mari, ce qui revient au même), les déclarations prescrites par les articles 1434 et 1435 étaient superflues, celles-ci n'étant indispensables que pour rendre le remploi opposable aux tiers.

Nous ne pensons pas — pour notre part — que tel soit le motif de la dernière décision de la Cour de Cassation et ceci pour trois raisons :

1° Parce que l'arrêt rendu en 1914 par la Cour de Cassation tranchait aussi un litige entre époux et la solution diamétralement opposée fut cependant adoptée alors.

2° Parce que le pourvoi formé retenait précisément que le remploi était nul et non opposable aux tiers et que l'arrêt rendu sur ce pourvoi y a répondu sans faire de distinction entre les époux et les tiers.

3° Enfin parce que le principe selon lequel les formalités des articles 1434 et 1435 sont inutiles entre époux est rien moins qu'établi. Contrairement à l'avis de M. Ch. Lyon-Caen, nous n'estimons pas que M. Nast ait adopté ce principe (Planiol et Ripert, t. VIII, p. 56, note 3). En effet, M. Nast a simplement émis l'opinion qu'une convention de remploi postérieure à une acquisition était valable, mais il n'en a jamais conclu que la double déclaration de remploi était inutile entre époux. Il semble, au contraire, que selon lui, elle doit résulter précisément de cette convention de remploi entre époux.

b) Doit-on donc considérer que la Cour de Cassa-

tion a complètement modifié sa jurisprudence précédente en admettant désormais qu'il suffit d'établir l'origine des fonds et l'intention de remployer pour que la subrogation réelle s'effectue ?

On pourrait le penser car il n'apparaît pas expressément de l'arrêt qu'il y ait eu à proprement parler de déclarations de remploi et d'origine des deniers.

Pour notre part, nous pensons plutôt que la Cour de Cassation n'a pas ainsi voulu s'écarter de sa ligne traditionnelle, mais que, dans une espèce particulière et pour des raisons d'équité, elle en a fait une interprétation plus souple. En effet, la Cour de Cassation n'a pas dû manquer de se laisser influencer par le fait que la contestation soulevée par l'héritière était en vérité sans intérêt puisque le titre avait à cette époque une valeur inférieure au montant de la reprise dont la femme aurait été créancière si le remploi n'avait pas été régulier.

D'autre part, du point de vue juridique, il était remarquable qu'il ne pouvait y avoir aucune confusion entre les deniers employés et la communauté puisque matériellement le mari ne les avait jamais perçus, ils étaient restés entre les mains de l'avoué qui les avait recouvrés.

Par ailleurs il était constaté souverainement que l'avoué avait agi en qualité de mandataire des époux et il résultait ainsi (et probablement des documents de la cause) que les époux avaient donné le mandat d'employer ces deniers propres à la femme à l'acquisition d'un titre immatriculé au nom de celle-ci. Sans doute, l'immatricule ne portait pas mention de ce remploi mais nous verrons que cela ne nous paraît pas indispensable — et la Cour de Cassation a pu voir ainsi dans le mandat donné à l'avoué l'expression des déclarations de remploi et d'origine des deniers.

Remarquons cependant que, dans l'espèce, ces déclarations étaient peu apparentes. Il n'y avait donc pas en somme un changement notable de la jurisprudence.

La Cour de Cassation semblerait seulement admettre un certain assouplissement dans le mode et l'époque de l'expression des déclarations de remploi, mais sans en supprimer l'obligation. Interpréter dans ce sens cet arrêt de la Chambre des Requêtes vient en quelque sorte à l'appui de la thèse que nous développerons ultérieurement.

§ 2.

L'obligation d'observer les formes prescrites par les articles 1434-1435, même en matière de valeurs mobilières, ainsi établie, nous aurons à nous demander quand et comment, dans la pratique des négociations, ces formes pourront être respectées.

La difficulté pour résoudre ce problème réside en effet dans la nature même de ces valeurs et de leurs méthodes d'aliénation.

Et notamment la solution en sera plus ou moins compliquée selon que l'on admettra que les mentions de l'origine des deniers et du remploi doivent ou non être faites au moment même et dans l'acte d'acquisition ou selon que l'on admettra la validité des indications dans un acte postérieur et extrinsèque à l'acquisition.

Avant donc d'examiner comment en matière de valeurs mobilières on peut observer les formes prescrites, nous aurons à résoudre cette question.

Titre II

EPOQUE DES DÉCLARATIONS DE REMploi ET D'ORIGINE DES DENIERS

§ 1.

Aux termes de la doctrine et de la jurisprudence, c'est au moment même de l'acquisition et dans l'acte d'acquisition lui-même que doivent être insérées les mentions relatives à l'origine des deniers et précisant que le bien nouveau est acquis à titre de remploi ⁽¹⁰⁾.

On considère généralement que ces mentions, qui, d'ailleurs, n'exigent aucune forme sacramentelle, seraient inefficaces si elles étaient faites postérieurement à l'acquisition. C'est, dit-on, au moment de l'acquisition que se trouve déterminé son caractère juridique et les époux ne peuvent postérieurement modifier ce caractère en donnant par exemple à un bien commun le caractère de propre.

Ce serait, dit-on, contraire à l'immutabilité des conventions matrimoniales.

On redoute aussi des spéculations qui seraient faites au détriment de la femme : le mari par exemple exerçant à son profit le remploi d'un bien qui a prospéré ou au contraire faisant le remploi pour le compte de la femme au moyen d'un bien qui s'est déprécié.

D'autre part, on fait valoir également la crainte que les époux — pour échapper aux poursuites des créanciers de la communauté — fassent passer les biens communs sur la tête de la femme sous le prétexte d'effectuer le remploi de ses reprises.

(10) Civ. 26 juil. 1869, D. 69-1-455 ; Civ. 2 mars 1914, D. P. 17-1-187 ; Aubry et Rau, t. V, n° 507, note 71 ; Planiol et Ripert, t. VIII, n° 506 ; Guillouard, t. II, n° 486 ; Laurent, t. XXI, n° 366.

(11) Planiol et Ripert, t. VIII, n° 506, note 3.

§ 2.

Tous ces motifs peuvent cependant ne pas paraître péremptoires et M. Nast ⁽¹¹⁾ a pu y répondre avec succès — nous semble-t-il — en soutenant d'abord que l'expression des mentions exigées par les articles 1434 et 1435 faites postérieurement à l'acquisition, n'est pas de nature à transgresser le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales.

En effet, la règle de l'immutabilité des conventions matrimoniales doit être interprétée en ce sens que, contrairement à leur régime, les époux ne peuvent s'enrichir personnellement aux dépens de la communauté, accroître les propres ou les biens dotaux à leur volonté.

Mais telle n'est pas la conséquence si l'acquisition est faite pour tenir lieu de remploi car, dans ce cas, il n'y a aucun accroissement de la dot ou des propres aux dépens du mari ou de la communauté. Le bien nouvellement acquis remplace seulement un autre bien dans le patrimoine de la femme et l'équilibre des situations se trouve maintenu.

Que si l'on redoute une fraude dans les rapports des époux dont l'un, par une déclaration de remploi postérieure, s'approprierait un bien ayant pris de la valeur ou voudrait au contraire faire acquérir à la femme un bien déprécié, il y a lieu de remarquer qu'en ce qui concerne le remploi fait en faveur de la femme, les deux époux doivent participer à l'opération. Le mari responsable de la matérialité, de l'utilité et de la suffisance du remploi doit, ou faire les déclarations de remploi pour le compte de sa femme ou au moins assister sa femme dans ces déclarations. et de son côté la femme doit, pour le régulariser, accepter le remploi.

La femme se trouve donc à ce point de vue protégée.

gée par la nécessité de son acceptation et par la responsabilité du mari.

En fait, il faut donc l'accord des époux pour régulariser le remploi postérieurement à l'acquisition et cet accord permet à l'un et à l'autre des époux de contrôler si l'opération lui est désavantageuse.

Dans cette hypothèse, la situation de la femme est exactement la même que dans l'hypothèse de l'article 1595, § 2, du Code civil (vente entre époux).

Si, au contraire, il s'agit d'un remploi en faveur du mari, l'assimilation ne peut évidemment être faite avec l'article 1595, § 2, mais M. Nast⁽¹²⁾ estime cependant que rien ne s'oppose encore à ce qu'une déclaration de remploi soit faite aussi valablement après l'acquisition pourvu que les deux époux y consentent — une telle convention ne présentant rien d'illicite.

Quant à la crainte que les créanciers du mari ne se trouvent lésés, on peut estimer que ce motif n'est pas en vérité déterminant, car ce n'est pas le plus ou moins d'intérêt que présente la solution d'un problème juridique qui doit déterminer cette solution.

En réalité, d'ailleurs, les créanciers du mari sont dans ce cas tout aussi armés que si le mari, au lieu de faire un remploi au profit de sa femme, procédait à une vente au profit d'une tierce personne. Ils peuvent attaquer ces actes en vertu de l'article 1167 du Code civil.

Sans doute peut-on soutenir que l'acceptation du remploi par la femme ayant un effet rétroactif anéantirait les droits qu'ils auraient pu acquérir antérieurement de leur propre chef sans un acte volontaire du mari (en effet, tout acte volontaire de disposition du mari serait contraire à la volonté de faire

(12) Planiol, t. VIII, *loc. cit.*

le remploi pour la femme et démontrerait l'intention que l'acquisition soit pour la communauté ou pour le mari lui-même) ; mais à tout le moins cette déclaration de remploi postérieure à l'acquisition doit en tous cas produire à leur égard des effets analogues à ceux prévus à l'article 1595, § 2, qui valide précisément le remploi postérieur à l'acquisition dans le cas de vente entre époux.

Il semblerait donc normal d'admettre que la déclaration de remploi postérieure à l'acquisition entraîne la subrogation réelle, sauf l'obligation pour la femme de respecter les droits acquis antérieurement par les créanciers.

Sans doute, dira-t-on aussi, qu'en réalité cela ressemble plus à une vente entre époux pour cause de remploi, qu'à une opération de remploi pur et simple puisque la distinction réside précisément dans le fait que si la déclaration de remploi a été faite dans l'acte d'acquisition, l'acceptation de la femme produit un effet rétroactif et annihile les droits acquis par les créanciers.

Cette thèse tendant à établir la validité d'une déclaration de remploi postérieure à l'acquisition, nous semble évidemment pertinente, mais nous sommes cependant obligés de reconnaître que sa faiblesse est que dans ses effets elle assimile entièrement le remploi à une vente entre époux pour cause de remploi au point de les confondre.

Aussi pensons-nous que l'on peut adopter un système intermédiaire qui tient compte des droits des créanciers et de ceux des époux.

§ 3.

De quel texte, en effet, a-t-on pu inférer que la

déclaration de remploi devait être faite dans l'acte d'acquisition lui-même ?

Les articles 1434 et 1435 ne disposent rien de tel. L'article 1434, relatif au remploi du mari, et qui s'applique aussi au remploi fait dans l'intérêt de la femme, puisque l'article 1435 renvoie sur ce point à l'article précédent, se borne à stipuler : « Le remploi est censé fait à l'égard du mari toutes les fois que, *lors* d'une acquisition, il a déclaré qu'elle était faite de deniers provenant de l'immeuble qui lui était personnel et pour lui tenir lieu de remploi ».

Les mots : *lors* d'une acquisition ne signifient point en vérité *dans* l'acte d'acquisition mais au *moment* de l'acquisition, au cours de l'acquisition et, par conséquent, rien n'interdit — selon nous — que la déclaration soit faite pendant l'accomplissement de l'opération et jusqu'à l'aboutissement final de cette opération telle que les époux l'ont envisagée, c'est-à-dire dans les périodes d'accomplissement des formalités qui précèdent ou accompagnent ou suivent directement l'instant matériel de l'acquisition.

C'est, en somme, une question d'intention de remployer qui doit être exprimée par la déclaration.

Dès lors, par conséquent, qu'elle intervient avant que le mari ne se soit comporté de façon à révéler son intention que l'acquisition fut pour son propre compte sous le régime dotal ou pour celui de la communauté⁽¹³⁾ et que, d'autre part, on puisse déceler l'existence matérielle d'une subrogation réelle par l'emploi ou le remploi effectif de deniers appartenant à la femme, il nous apparaît que la déclaration faite par une acte séparé dressé dans la période qui précède, accompagne ou suit directement l'acquisition, serait suffisante pour que celle-ci ait le caractère pro-

(13) Une telle intention pourrait résulter précisément d'une déclaration tardive, trop éloignée de l'acquisition.

pre ou dotal. Cette déclaration ferait ainsi partie intégrante d'une seule et même opération juridique et c'est selon nous le seul but que le législateur a voulu atteindre en employant les mots « lors de l'acquisition », voulant seulement éviter par là des combinaisons frauduleuses et lésionnaires.

L'arrêt de la Chambre des Requêtes analysé plus haut (11 mai 1931, S., 1932-1-41) fait en somme l'application de ces principes, puisqu'il semble admettre que les déclarations requises résultent non pas de l'acte d'acquisition mais d'un mandat d'acheter à titre de remploi.

Dans ce système, il s'agit alors bien dès l'origine d'une opération de remploi et non d'une opération analogue à une vente entre époux. Elle serait donc opposable aux créanciers du mari ou de la communauté, sauf évidemment l'hypothèse d'un remploi frauduleux.

§ 4.

En matière de valeurs mobilières, la distinction du remploi proprement dit et de la vente entre époux pour cause de remploi est d'ailleurs assez théorique car le plus souvent l'acquisition et la déclaration de remploi postérieure seront faits accomplis avant que les créanciers du mari ou de la communauté aient eu le temps d'acquérir des droits sur ces valeurs.

Toutefois, pour écarter ce risque, il n'est pas sans utilité de valider ainsi les effets d'une déclaration de remploi postérieure à l'acquisition car nous allons voir qu'il est extrêmement difficile de procéder autrement dans le remploi en valeurs mobilières.

Titre III

APPLICATION DE CES PRINCIPES AUX VALEURS MOBILIÈRES

A. — TITRES AU PORTEUR

Nous nous plaçons dans l'hypothèse où aucune clause n'interdit le emploi en titres au porteur.

Le titre par lui-même est anonyme, il est transmissible par simple tradition. Lors de son acquisition en cas de marché direct il n'est dressé aucun acte. Quand donc pourrait-on faire les déclarations prévues par les articles 1434 et 1435 ?

Sans doute, il se peut qu'il faille justifier du emploi à un tiers débiteur ou détenteur des deniers à remployer, mais ce n'est qu'une fois l'acquisition réalisée. Or, dans la thèse classique, c'est seulement au moment précis de l'acquisition qu'il est possible de faire les déclarations de emploi et précisément l'usage n'est pas de dresser un acte de vente.

Il en est encore ainsi surtout quand l'acquisition a lieu par l'intermédiaire d'une banque. Le mari donne l'ordre à un banquier d'acheter telle ou telle valeur. Il doit seulement signer cet ordre d'achat et généralement il n'y ajoute aucune mention puisque le titre est au porteur et qu'il peut alors en faire ce qu'il veut. Mais encore ajouterait-il, dans cet ordre d'achat, que cette acquisition éventuelle sera faite à titre de emploi et sera soldée au moyen de deniers appartenant à sa femme, que ceci serait encore sans conséquence, car cet ordre d'achat ne constitue qu'un mandat et ne constitue pas par lui-même l'acte d'acquisition.

S'agit-il d'achats en Bourse, cette acquisition ne sera — en fait — constatée par aucun acte, car les carnets des agents de change, qui font foi de l'opération, ne peuvent évidemment contenir les mentions de

remploi, les titres acquis n'étant d'ailleurs individualisés qu'ultérieurement et les négociations ne portant à l'origine que sur des quantités (article 46 du décret du 7 octobre 1890).

Dans la thèse qui exigerait que la déclaration de emploi et d'origine des deniers soit faite dans l'acte même d'acquisition, il est donc pratiquement impossible de respecter cette règle quand il s'agit d'un emploi en titres au porteur.

B. — TITRES NOMINATIFS

Nous examinerons d'abord les titres nominatifs autres que les rentes sur l'Etat pour rechercher dans quelles conditions peuvent être faites les mentions exigées par la loi.

§ 1. — TRANSFERT RÉEL ET DIRECT

C'est l'hypothèse où deux parties se rapprochent sans intermédiaires et en dehors de la Bourse pour faire une cession de titres nominatifs.

a) Il est évidemment possible dans cette hypothèse de dresser préalablement au transfert un acte de vente ordinaire, sous seing privé ou authentique et dans lequel l'acquéreur pourra indiquer qu'il acquiert à titre de emploi avec des fonds provenant d'une origine propre ou dotale. Cet acte serait bien l'acte d'acquisition dans le sens de l'article 1434, car il est entre les parties translatif de propriété. Sans doute a-t-on discuté la question de savoir si seul le transfert n'était pas translatif de propriété. Toutefois la jurisprudence penche de plus en plus à considérer que la vente de titres nominatifs est un contrat con-

sensuel comme un autre et que la propriété en est transférée indépendamment d'un transfert⁽¹⁴⁾.

Il y a cependant lieu de remarquer que cet acte n'a pas pour effet — à lui seul — de transporter le droit de l'actionnaire ou de l'obligataire vendeurs à l'encontre de la société, sur la tête de l'acquéreur, car seule la mutation faite ensuite sur les registres de la société au moyen d'un certificat de propriété produira intégralement ces effets. Si, en effet, dans l'intervalle qui sépare l'acte lui-même de la mutation, le vendeur s'avisait de faire procéder à un transfert au profit d'un tiers, à raison de la nature même du transfert, ce tiers serait valablement saisi des droits du vendeur à l'encontre de la société, au détriment du cessionnaire.

Toutefois — selon nous — cette conséquence est seulement issue des règles de préférence entre différents acquéreurs, la cession n'étant régulière au regard des établissements débiteurs ou des tiers que par l'accomplissement de la mutation ou d'un transfert. Mais l'acte de cession est cependant régulier entre les parties et constitue bien l'acte d'acquisition dans lequel doivent être faites les déclarations exigées par la loi ; elles seraient régulières dans de telles conditions et produiraient tous les effets de la subrogation réelle.

b) Plutôt que d'utiliser ce procédé coûteux, il est plus simple de recourir à un transfert pur et simple. Comment dans ce cas est-il possible d'observer les règles des articles 1434 et 1435 ?

M. Nast⁽¹⁵⁾ indique que cette double déclaration est faite dans le transfert et l'immatricule du titre.

(14) Cass. 24 avril 1907, D. P. 1907-1-302 ; Cass. 5 février 1908, *Gaz. Pal.*, 1908-1-255 ; Cass. 5 janvier 1926, D. 26-1-65 ; Lyon, 9 déc. 1926, D. 28-2-17.

(15) Planiol et Ripert, t. IX, n° 1212, note 4.

Pour notre part, nous ne le pensons pas si du moins l'on adopte la thèse jurisprudentielle classique de la seule validité de la déclaration de remploi dans l'acte d'acquisition lui-même, les déclarations postérieures étant inopérantes.

Il faut, en effet, retenir qu'avec ce procédé du transfert, l'opération a lieu à la diligence du vendeur seul, qui requiert le transfert au profit d'un tiers déterminé, mais sans que celui-ci ait à intervenir et sans qu'il soit nécessaire de son acceptation, celle-ci n'étant nécessaire que pour le transfert de titres non libérés entièrement.

On ne voit donc pas dans ce cas quel serait « l'instrument » constitutif de l'acte d'acquisition dans lequel on pourrait utilement faire les déclarations prescrites par les articles 1434 et 1435 au *moment même* de cette acquisition.

Sans doute le vendeur, dans le bordereau de transfert, peut-il indiquer le nouvel immatricule et les mentions de remploi. Mais ceci n'est nullement obligatoire, il lui suffirait d'indiquer les noms, prénoms et qualités civiles de l'acquéreur. Il n'est pas garant de cet immatricule. Au surplus, quelle valeur pourrait-on attacher à ces déclarations faites non par les époux mais par le vendeur ? Serait-ce bien conforme à l'esprit des articles 1434-1435 ?

Tout au plus pourrait-on prétendre que la réception de titres ainsi immatriculés manifeste bien la volonté des époux que telle soit la condition des titres et constitue la ratification de la stipulation de remploi insérée dans l'immatricule requis par le vendeur. Mais les titres délivrés ne sont pas l'acte d'acquisition. Ils ne sont que le reflet de l'inscription nominative qui constitue la preuve du droit de propriété. Et cette preuve n'est pas non plus en elle-même l'acte d'acquisition à proprement parler puisque cette acquisition

est préalable, elle aussi, et n'est en somme constatée par aucun acte émanant des époux et cette ratification serait donc aussi postérieure et non concomitante à l'acquisition.

Force est donc de dire que de même que pour les titres au porteur il est pratiquement impossible, en cas de transfert de titres nominatifs par suite de marché direct, de faire les déclarations prescrites par les articles 1434-1435 au moment précis de l'acquisition et dans l'acte d'acquisition.

On se trouve donc en face de deux procédés d'aliénation : la cession ordinaire qui permet de respecter les formes strictes du remploi si l'on exige que les déclarations soient faites au moment même et dans l'acte d'acquisition, et le transfert qui ne le permet pas.

Doit-on donc, en matière de remploi, exclure le procédé du transfert au profit du procédé de la cession uniquement pour ce motif ? Ce serait véritablement excessif car le mode normal d'aliénation qui est de l'essence même du titre nominatif, c'est précisément le transfert.

§ 2. — NÉGOCIATION

En est-il de même en cas de négociation en Bourse par l'intermédiaire d'agents de change ?

Comment procède-t-on en ce cas ?

Il faut distinguer entre les titres essentiellement nominatifs et les titres qui peuvent être convertis au porteur.

Dans la première hypothèse, le vendeur remet son titre nominatif à son agent de change. Celui-ci vend ce titre en Bourse à l'un de ses confrères acheteur. C'est à ce moment précis qu'a lieu l'acquisition proprement dite. Cependant, pour sauvegarder le secret

professionnel, l'acheteur ne paraît pas dans la négociation et la régularisation de l'opération doit avoir lieu au moyen d'un transfert d'ordre au profit de l'agent de change acheteur. Par conséquent, à supposer même que l'on considère ce transfert comme constitutif de l'acte d'acquisition, il est impossible d'y mentionner ce remploi.

Sans doute l'agent acheteur va-t-il ensuite faire procéder à un transfert définitif au profit de son client en notifiant à l'établissement les noms de ce client et l'immatricule requis. Mais ceci n'est qu'une opération d'ordre qui ne s'analyse pas dans une acquisition. L'acquisition a, en réalité, été réalisée par l'agent acheteur pour le compte de son mandant au moment de la négociation en Bourse et à ce moment aucune déclaration de remploi n'a pu être faite pas plus d'ailleurs qu'au moment où le vendeur s'est dessaisi de son droit par la signature de la feuille de transfert au profit de l'agent acheteur.

Dans la seconde hypothèse — négociation de titres nominatifs ordinaires — il faut tenir compte de la règle qui impose aux agents de change de ne se livrer entre eux que des titres au porteur.

Avant de procéder à la négociation, l'agent de change vendeur fait procéder à la conversion au porteur. Il livrera des titres ainsi convertis à l'agent acheteur qui, à son tour, fera procéder à une nouvelle conversion au nominatif.

Il se trouve ainsi que l'acquisition proprement dite a été faite en titres au porteur et nous nous retrouvons dans l'hypothèse que nous avons plus haut examinée concernant ces titres.

La conversion au nominatif est donc une opération postérieure à l'acquisition et la réquisition d'immatricule contenant indication des mentions de remploi ne se situe donc pas encore *dans* l'acte d'acquisition.

On voit donc ainsi, en matière de valeurs mobilières, les difficultés presque insurmontables à observer les règles des articles 1434-1435, au moins dans l'interprétation qu'en donne la jurisprudence.

Nous devons cependant faire une étude spéciale du régime des titres de rente, car leur situation juridique n'est pas tout à fait identique.

§ 3. — RENTES SUR L'ETAT

Ce qui caractérise le transfert des rentes sur l'Etat c'est qu'il ne peut être opéré que sur la certification d'un agent de change responsable de la régularité de la négociation. Par conséquent, que les titres de rente soient négociés en Bourse ou que les parties se mettent d'accord entre elles sur une cession, elles sont toujours forcées de recourir à l'intermédiaire d'un agent de change qui, si les deniers devant payer l'acquisition sont sujets à emploi, sera tenu de procéder aux déclarations prévues dans les articles 1434-1435.

En cas de négociation en Bourse : que l'on procède soit par voie de transfert d'ordre, soit par négociation de coupures de compte courant, il est aussi difficile que pour les titres nominatifs de faire les déclarations légales de emploi.

Mais le régime juridique spécial aux aliénations des titres de rente sur l'Etat, tout en restreignant les procédés pour réaliser ces aliénations, permet — selon nous — d'observer plus facilement la règle jurisprudentielle classique selon laquelle les déclarations de emploi ne sont efficaces que si elles sont faites au moment de l'acquisition et dans l'acte lui-même.

En effet, la jurisprudence, se fondant sur ce que le Grand Livre de la dette publique est le titre commun des créanciers, se refuse contrairement à sa

doctrine en matière de titres nominatifs ordinaires, à accorder toute valeur, au point de vue du droit de propriété, à des conventions quelconques.

Seul le transfert du titre de rente et l'inscription du nouveau titulaire au Grand Livre de la dette emportent, selon la jurisprudence, transfert du droit de propriété. Ils ne sont pas seulement déclaratifs de propriété et aucun autre mode d'aliénation ne saurait être admis ⁽¹⁶⁾.

Les conventions antérieures au transfert et à l'inscription au Grand Livre ne valent en somme que promesse de transfert mais n'emportent pas en elles-mêmes transfert de la propriété.

L'aliénation d'un titre de rente s'analyse donc en deux opérations :

1° La négociation faite soit directement entre les parties, soit par agent de change, elle constitue en somme l'accord des parties sur la vente, le contrat de vente.

2° Le transfert proprement dit qui détermine l'inscription nouvelle au Grand Livre de la dette.

Pour les titres nominatifs ordinaires, c'est au cours de la première opération que la propriété est transmise et qu'il y a à proprement parler une acquisition. C'est donc à ce moment qu'il faudrait faire les déclarations prescrites par le Code pour emporter la subrogation réelle si l'on adopte les exigences de la jurisprudence et nous avons vu les difficultés pour y satisfaire.

Au contraire, pour les titres de rente, c'est seulement l'inscription au Grand Livre qui transmet la propriété. Elle constitue le titre de propriété de l'ac-

(16) Cass. Req. 17 déc. 1902, D. P. 1903-1-157 ; Req. 10 janvier 1905, D. P. 1905-1-345 ; Agen, 25 mai 1903, D. P. 1904-2-130.

quéreur. Il est donc possible de dire qu'elle constitue en elle-même l'acte d'acquisition et les déclarations faites au moment de cette inscription par l'agent de change responsable de la régularité de l'opération et reproduites dans l'inscription répondraient donc bien au vœu de la jurisprudence.

C. — CONCLUSION

A l'exception de cette hypothèse spéciale qui concerne les rentes sur l'Etat, quand il s'agit de valeurs mobilières, nous avons ainsi démontré l'impossibilité de fait de déclarer dans un acte d'acquisition et au moment de celle-ci que l'acquisition est faite de deniers propres ou dotaux et pour tenir lieu de remploi.

Il nous semble alors logique d'admettre la thèse que nous soutenons et selon laquelle la subrogation réelle a lieu à la condition que les déclarations prescrites par la loi interviennent avant que l'opération ne soit complètement terminée, à un moment quelconque de cette opération.

C'est ainsi que, selon nous, la double déclaration par le mari dans l'ordre d'achat quand il s'agit de titres au porteur ou dans l'indication de l'immatricule requis en matière de titres nominatifs, serait valablement faite. Au besoin, on pourrait également faire ces déclarations dans un acte séparé. La pratique notariale est d'ailleurs en ce sens⁽¹⁷⁾.

Une fois faite l'acquisition de valeurs mobilières, les parties font dresser par leur notaire un acte de constatation d'emploi ou de remploi où se trouvent relatés l'origine des deniers, l'acquisition faite de ces

(17) Planiol et Ripert, t. IX, n° 1210, note 3. Voir Formules au Jurisclasseur notarial, v° Remploi.

deniers, son montant et sa nature. Le plus souvent on y annexera les bordereaux constatant le détail des opérations.

A notre avis, ce procédé serait régulier, il constitue en somme le couronnement, l'achèvement de l'opération juridique du remploi dont il ne se sépare pas et dont il ne faut pas seulement considérer les éléments séparés, mais l'ensemble.

Titre IV

CONSÉQUENCE DU DÉFAUT DE DÉCLARATION D'ORIGINE DES DENIERS ET DE REMploi

Les acquisitions qui auraient été faites sans que l'un des époux ou au moins le mari déclare que cette acquisition est faite de deniers propres ou dotaux et pour tenir lieu de remploi, ne prendraient pas la qualité juridique des biens qu'elles remplacent. Alors même qu'on établirait postérieurement l'origine de l'opération en démontrant qu'elle a été payée au moyen de deniers appartenant à la femme, les effets de la subrogation réelle ne se produiraient pas. L'acquisition resterait faite pour le compte de la communauté ou du patrimoine paraphernal et la femme en serait réduite à exercer ses recours⁽¹⁸⁾.

Titre V

ACCEPTATION DU REMploi ET CONSÉQUENCES DU DÉFAUT D'ACCEPTATION

§ 1.

La seconde condition de forme nécessaire pour que

(18) Voir Cass. 2 mars 1914, D. P. 17-1-187.

se produise la subrogation réelle, c'est l'acceptation de la femme.

Le respect de cette condition ne présente pas à la vérité de complications spéciales en matière de remploi en valeurs mobilières.

On sait que cette acceptation n'est pas nécessaire lorsque c'est la femme, ou la femme et le mari, qui ont fait conjointement l'acquisition, mais qu'elle est au contraire indispensable lorsque c'est le mari qui a acquis à titre de remploi pour le compte de la femme, et on estime généralement en doctrine et jurisprudence que cette acceptation est nécessaire même quand le contrat de mariage contient une clause de remploi obligatoire.

A l'encontre de ce qui se passe pour les mentions de remploi, il n'est pas contesté que l'acceptation de la femme peut intervenir dans un acte séparé et après l'acquisition pourvu qu'elle intervienne avant la dissolution du mariage.

Il est donc toujours possible de dresser postérieurement à l'acquisition de valeurs mobilières un acte d'acceptation de remploi.

Cette acceptation de remploi qui doit être expresse n'a d'ailleurs pas besoin d'être exprimée sous une forme sacramentelle. Point n'est besoin d'acte authentique, une simple mention sous seings privés suffirait. Il suffit qu'elle manifeste expressément l'intention de la femme.

C'est ainsi que cette acceptation peut résulter d'une simple lettre écrite par la femme⁽¹⁹⁾ ou de la signature de la réquisition d'immatricule au moment d'une conversion au nominatif, ou même de la mention

(19) Pour cette acceptation, la femme n'a pas à être autorisée du mari, puisque c'est le mari qui précisément a acquis pour son compte. On considère que cette autorisation existe par là même.

« Bon pour acceptation de emploi » dûment signée sur le bordereau d'achat relatif à l'opération⁽²⁰⁾.

§ 2.

Nous ne nous étendrons pas sur les diverses théories qui ont cherché à expliquer la situation juridique de l'acquisition faite à titre de emploi par le mari et pour le compte de la femme et ce avant l'acceptation de cette dernière.

Qu'il nous suffise de dire que l'on admet en théorie générale que tant que l'acceptation de la femme n'est pas intervenue, le mari peut considérer que l'acquisition est faite pour son propre compte ou celui de la communauté et peut, à ce titre, en disposer, l'offre de emploi faite au profit de la femme se trouvant ainsi révoquée.

Au contraire, en l'absence d'une telle révocation, l'acceptation aurait un effet rétroactif et l'acquisition serait censée avoir toujours été propre ou dotale.

Toutefois ces règles sont sans grand intérêt pratique en matière de valeurs mobilières et spécialement de titres nominatifs. En effet, l'on ne voit jamais un mari acquérir une telle valeur sous son nom à titre de emploi au profit de sa femme sans faire immatriculer ce titre au nom de celle-ci. Or, à raison de la nature même de l'inscription « nominative » qui crée une obligation directe de l'établissement débiteur au profit de la personne immatriculée, en fait le mari ne pourra jamais disposer seul des valeurs nominatives ainsi acquises. L'établissement débiteur exigera évidemment l'intervention de la femme et la communication de son contrat de mariage, puisque l'apparence est que les titres sont des propres.

(20) En ce sens voir Julliot : *Les Titres nominatifs*.

Vainement — pensons-nous — le mari pourrait-il prétendre que ces titres sont encore des biens communs et qu'il peut les aliéner seul, aucune acceptation de remploi n'étant encore intervenue, car l'établissement débiteur ignore l'existence ou l'inexistence d'une telle acceptation et il est manifestement impossible de lui justifier de ce défaut d'acceptation quand celle-ci pourrait résulter d'un document détenu précisément par le mari.

On est même en droit de se demander si l'intervention de la femme serait efficace, car sa reconnaissance qu'elle n'a pas accepté le remploi pourrait couvrir une fraude consistant à faire passer un bien du patrimoine propre au patrimoine commun, et à éluder ainsi la charge de remploi qui grevait précisément les valeurs nominatives. Lorsque la clause de remploi stipule la responsabilité des tiers, nous estimons donc, pour notre part, que les établissements débiteurs ne sauraient consentir à un transfert dans ces conditions à moins d'être couverts par une décision de justice ou d'exiger eux-mêmes la justification du remploi des titres ainsi aliénés.

Cette hypothèse ne se réaliserait d'ailleurs que difficilement car d'une manière courante la femme accepte expressément le remploi et bien qu'elle n'y puisse être juridiquement contrainte elle s'y trouve pratiquement amenée dans le cas où la responsabilité de tiers est en jeu. En effet, si les fonds ainsi remployés provenaient eux-mêmes d'une aliénation, les tiers responsables ou au moins les Officiers ministériels tenus de veiller au remploi, exigeraient pour leur décharge la justification de ce remploi et notamment l'acceptation de la femme.

TROISIEME PARTIE

Les effets des clauses d'emploi et de remplacement

CHAPITRE VI

EFFETS DE LA CLAUSE D'EMPLOI OU DE REMPLOI A L'EGARD DU MARI

Nous savons que les clauses d'emploi ou de remploi sont, suivant le régime matrimonial auquel elles sont annexées, obligatoires de plein droit pour les tiers sous le régime dotal, une clause spéciale étant au contraire nécessaire sous les régimes de communauté.

Les clauses de remploi imposent donc en général :

- 1° Une obligation principale à la charge du mari ;
- 2° Suivant les régimes matrimoniaux et les clauses insérées à ce sujet une obligation de garantie à la charge des tiers.

L'existence ou l'inexistence de cette obligation de garantie peut modifier les conditions d'exercice de l'obligation de remploi à la charge du mari en limitant plus ou moins ses pouvoirs. Mais quoi qu'il en soit, c'est cette obligation principale qui est le soutien nécessaire de l'obligation des tiers. Celle-ci peut être plus ou moins étendue ou même inexistante : l'obligation à la charge du mari reste en substance identique.

Nous examinerons donc l'obligation du mari en elle-même indépendamment de l'obligation de garantie et en notant seulement les difficultés dans son exécution dues à l'existence de cette obligation à la charge des tiers.

§ 1. — QUELLES SONT LES CONSÉQUENCES DE L'EXISTENCE
D'UNE CLAUSE DE REMploi SUR LA CAPACITÉ D'ALIÉ-
NER DE LA FEMME ET LES POUVOIRS D'ADMINISTRA-
TION DU MARI ?

A. — En principe la clause d'emploi ou de remploi ne modifie pas par elle-même la capacité d'aliéner de la femme.

Sous le régime de communauté, elle conserve sa capacité d'aliéner elle-même ses valeurs mobilières sous l'autorisation de son mari.

Sous le régime dotal la clause de remploi n'a d'utilité que si une autorisation d'aliéner y est jointe.

Ainsi la femme, autorisée de son mari, acquiert le droit d'aliéner ses valeurs mobilières sous la condition de remploi, ce qui n'est pas — selon nous — incompatible avec le même droit d'aliénation reconnu au mari sur la dot mobilière en sa qualité d'administrateur des biens dotaux, si toutefois on admet que ces pouvoirs d'administration ne sont pas modifiés. Nous savons que tel n'est pas l'avis de certains auteurs et de certains contentieux qui estiment que le mari ne peut aliéner les titres nominatifs immatriculés au nom de la femme. Pour notre part nous maintenons la thèse que nous avons développée plus haut, aux termes de laquelle le mari peut procéder seul à cette aliénation.

Et la femme dotale conserve en outre cette capacité d'aliéner à charge de remploi après une séparation de biens.

B. — Quant aux pouvoirs d'administration ils sont en principe maintenus.

C'est ainsi qu'en l'absence d'une clause rendant les tiers garants du remploi sous le régime de communauté ou en présence d'une clause d'exonération de

responsabilité sous le régime dotal, le mari a toujours qualité pour recevoir les deniers propres ou dotaux.

D'autre part — et dans la même hypothèse — à moins d'une clause spéciale, c'est à lui que les détenteurs ou établissements débiteurs doivent remettre les titres au porteur ou nominatifs appartenant à la femme, et ces tiers seront valablement libérés par cette remise. Ils ne pourraient d'ailleurs pas se refuser à cette remise et la subordonner à une justification du emploi ou à une quittance de la femme, car ils n'ont — dans cette hypothèse — aucune obligation de surveillance et par là même aucun droit à s'immiscer dans la gestion du mari.

Il a même été jugé que l'établissement de banque chargé de négocier des valeurs propres pour en racheter d'autres commettait une faute s'il faisait immatriculer dans ces derniers titres la clause de emploi (1).

Toutefois on peut se demander si ces principes devraient recevoir application si ces tiers débiteurs de deniers ou de valeurs mobilières étaient des agents de change ou des notaires. Nous aurons à examiner plus loin les obligations de ces Officiers ministériels et les effets à leur égard des clauses de emploi. Nous verrons notamment s'il est possible de les dispenser totalement ou partiellement de ces obligations.

Mais il est en tous cas un point qu'il est nécessaire de fixer ici : c'est que même en présence d'une clause d'un contrat de mariage exonérant les tiers de la surveillance du emploi ou gardant le silence sur ce point sous le régime de communauté où cette exonération est de droit, la jurisprudence décide que

(1) Paris, 7 avril 1911, *Droit Financier*, 1911, p. 340.

cette exonération générale ne profite pas aux Officiers ministériels ⁽²⁾.

En conséquence, il semble que même dans le cas où les tiers sont ainsi écartés de l'administration du mari qui a la charge du remploi et ont l'obligation de lui remettre *sans* contrôle les deniers ou titres qu'ils détiennent, cette obligation ne pèserait pas sur les Officiers ministériels. Ceux-ci seraient en droit d'exiger la justification de la régularité du remploi.

Le droit du mari de recevoir librement les deniers ou titres grevés de la charge de remploi se trouve encore limité lorsque le contrat a fixé certaines modalités à son administration tout en exonérant les tiers de toute obligation.

C'est ainsi que le contrat de mariage peut stipuler que les quittances ne seront libératoires que si elles sont données par les deux époux conjointement ou encore — ce qui est assez usité — que les deniers propres ou dotaux seront remis : soit à un notaire, soit à un agent de change chargés du remploi et qui seuls auront qualité pour en donner quittance. De même il peut être stipulé que les détenteurs de titres au porteur s'en libéreront aux mains d'une tierce personne : agent de change chargé d'en opérer la conversion au nominatif ou la vente, ou séquestre si l'on admet sa validité, ou dans les caisses d'une banque ou d'un établissement qui accepte le dépôt de titres, seuls les titres nominatifs après conversion ou le récépissé des titres au porteur devant être remis au mari avec la mention de la clause de remploi.

Dans tous ces cas les pouvoirs du mari pour recevoir les deniers ou valeurs mobilières de sa femme se trouvent restreints par les dispositions du contrat de mariage.

(2) Cass. Civ. 9 mai 1923, D. P. 1923-1-115.

C. — De même dans tous les cas où le mari administrateur des biens de la femme avait le pouvoir d'aliéner les valeurs mobilières de celle-ci, la clause de remploi restreint également ses pouvoirs.

En effet le mari qui a *en fait* — sinon en droit — la possibilité d'aliéner les titres au porteur de la femme, s'en trouvera empêché si le contrat stipulant le remploi obligatoire, a prévu le « blocage » en banque avec récépissé au nom de la femme portant la mention du remploi. Dans ce cas ce récépissé est en quelque sorte l'équivalent d'un titre nominatif ⁽³⁾.

Nous avons vu également qu'en sa qualité d'administrateur des biens dotaux, le mari a — selon nous — le droit d'aliéner seul les titres nominatifs ⁽⁴⁾.

Il est évident que désormais cette aliénation ne peut plus être faite qu'à charge de remploi. Mais on peut même se demander si la clause de remploi n'a pas pour effet de lui retirer ce pouvoir d'aliéner qu'il ne détenait qu'au titre d'administrateur de la dot mobilière. Tout dépend évidemment des termes du contrat de mariage sur ce point qui peut stipuler que le mari ne peut aliéner les valeurs mobilières qu'avec le concours de la femme. Mais en l'absence de cette précision, que doit-on décider ? Lorsque la jurisprudence a reconnu au mari le droit d'aliéner les meubles dotaux, elle s'est fondée surtout sur le fait que ces biens étaient soumis plus que les immeubles à des causes d'altération ou de perte ⁽⁵⁾.

Essentiellement les meubles dotaux étant inaliénables au même titre que les immeubles, il fallait bien — selon la jurisprudence — à titre de bonne administration — reconnaître au mari le droit d'aliéner.

(3) Trib. Seine, 1^{er} juillet 1911, *Gaz. Trib.*, 1911-2-379, 2^e sem.

(4) Trib. Seine, 10 juillet 1860; *Le Droit* du 20 juillet 1860 ;
Cour des Comptes, 15 juin 1877.

(5) Civ. 6 déc. 1859, D. 59-1-501.

Mais alors on peut se demander si la dot mobilière devenant aliénable sous la condition de emploi, ce motif donné par la jurisprudence ne disparaît pas. En somme les valeurs mobilières se trouvent alors soumises à un régime sensiblement analogue à celui de communauté. Or sous ce régime la jurisprudence a toujours refusé au mari les pouvoirs d'aliéner les valeurs mobilières propres, quoiqu'il soit aussi vrai dans l'un et l'autre régime que ces valeurs étaient menacées facilement de chances d'altération ou de pertes. Il semble donc que dès lors que ces valeurs peuvent être aliénées à un autre titre que celui d'administration, il faille renoncer à accorder au mari le droit d'aliéner seul les valeurs dotales, cette aliénation devant être faite par la femme autorisée de son mari.

Cette interprétation paraît d'ailleurs concorder avec les termes de l'arrêt des Chambres réunies du 14-novembre 1846 (D. P. 46-1-296) ainsi conçus :

« Attendu qu'aux termes de l'article 1549 du Code civil le mari a l'administration des biens dotaux et le droit de recevoir le remboursement des capitaux, par conséquent celui de disposer des capitaux, *lorsqu'aucune condition d'emploi n'a été stipulée*, que le mari qui reçoit le remboursement d'un capital constitué en dot et qui en fait un emploi plus ou moins utile pour lui ou pour sa femme ou qui fait cession à un tiers d'une créance dotale, ne fait qu'user du droit de libre disposition qui lui appartient à cet égard. »

On voit que les Chambres réunies de la Cour de Cassation ne semblent admettre le droit de disposer de la dot mobilière qu'en l'absence d'une clause de emploi, ce qui laisse supposer que l'existence de cette clause supprime ce droit de disposition.

En fait les établissements débiteurs ou les agents

de change n'acceptent de procéder à aucune opération (transfert ou conversion au porteur) que si la femme y intervient.

§ II. — QUELLES SONT LES OBLIGATIONS DU MARI ?

C'est sur le mari que pèse l'obligation principale de remploi. Il est tenu d'employer les deniers propres ou dotaux ou de remployer le montant des aliénations provenant des biens de la femme.

Il doit pour satisfaire à cette obligation se conformer aux stipulations du contrat de mariage.

De même si le contrat stipule que les valeurs mobilières de la femme seront nominatives — et nous avons vu tout l'intérêt de cette clause — le mari a l'obligation de faire procéder à la conversion au nominatif des titres au porteur que la femme aurait eus au moment du mariage ou qui lui échoiraient durant le mariage à titre de donation, legs ou succession. Il aurait aussi le devoir de faire modifier l'immatricule des titres de la femme pour y insérer sa qualité de femme mariée et l'existence de la clause de remploi.

Mise au nominatif, immatriculation nouvelle, remploi : ce sont toutes obligations de faire qui sont imposées au mari.

Bien que cette question ne soit pas précisément spéciale au remploi des valeurs mobilières, nous aurons à nous demander quand ces obligations doivent être remplies et quels en sont les moyens d'exécution.

En principe le mari a toute la durée du mariage pour effectuer le remploi. Il peut le faire au moment choisi par lui à sa discrétion. Il suffit que le remploi ait lieu avant la dissolution du mariage ⁽⁶⁾.

(6) Planiol et Ripert, t. VIII, n° 637 ; Guillouard, t. II, n° 504 ; Caen. 27 mai 1840, D. Jur. Gén., v° -Contrat de Mariage, n° 1466.

Cette règle supprime évidemment toute l'efficacité du remploi puisqu'en fait le mari peut disposer à sa guise des biens de sa femme et les dilapider pendant le mariage sans que l'on puisse le contraindre à effectuer le remploi, aucun délai ne lui étant imparti pour ce faire.

Aussi la prudence veut-elle que le contrat de mariage impartisse au mari un délai fixe pour remplir son obligation. Dans ce cas, à défaut d'exécution de cette obligation, comment peut-on parvenir au remploi ? La question se pose de la même façon pour parvenir à la conversion au nominatif des titres au porteur ou à l'immatriculation nouvelle des titres nominatifs.

La jurisprudence⁽⁷⁾ admet que la femme a une action en justice pour contraindre le mari à remplir ses obligations.

Mais la recevabilité d'une telle action étant admise, par quels moyens peut-on pratiquement parvenir à cette contrainte ? La difficulté est celle que l'on rencontre toujours pour contraindre à l'exécution d'une obligation de faire. Que l'on emploie le procédé de l'astreinte ou la condamnation définitive à des dommages-intérêts, ce sont là des procédés inefficaces puisque le paiement effectif de ces dommages-intérêts ne peut avoir lieu que lors de la liquidation, c'est-à-dire à un moment où les risques d'insolvabilité du mari seront acquis.

Les procédés à employer doivent donc tendre à obtenir la substitution au mari soit d'un tiers chargé

(7) Planiol et Ripert, t. VIII, n° 637, t. IX, n° 1212 ; Aubry et Rau, t. V, n° 507, note 81, 4° éd. ; Guillouard, t. II, n° 503 ; Laurent, t. XXI, n° 386 ; Conclusions de M. le procureur gén. Beaudoin, D. P. 1910-1-100 ; Cass. 20 déc. 1852, D. P. 53-1-120 ; Trib. Seine 27 déc. 1923, *Gaz. Pal.*, 1924-1-532, motifs. *Contra*, Troplong, II, 1073.

d'effectuer le remploi, soit de la femme autorisée à remployer elle-même. C'est ainsi que les Tribunaux pourraient impartir au mari un délai pour remployer et à défaut ordonner la consignation par le mari des deniers à remployer, le remploi pouvant ensuite être effectué par un tiers ou par la femme elle-même.

Toutefois à défaut de consignation, on pourrait — semble-t-il — admettre que la femme soit autorisée à se faire colloquer dans un ordre ouvert sur son mari pour le montant des sommes à remployer (^{7 bis}), ou même à prélever par voie de saisie-arrêt sur les comptes en banque du mari ou les créances qu'il aurait à recouvrer, sommes égales à celles qui devaient être remployées et qui ou seront consignées jusqu'au moment où la femme aura fait le remploi, ou remises à un séquestre chargé d'y procéder pour le compte de la femme.

A notre connaissance aucune jurisprudence n'a encore utilisé ces modes d'exécution de la clause de remploi. Il est possible que la jurisprudence hésite à l'adopter car elle objectera que c'est en somme accorder à la femme une action en reprise avant la dissolution du mariage. Cette objection nous semble plus apparente que réelle. En effet la clause de remploi a précisément pour but de faire disparaître cette action en reprise c'est-à-dire l'exercice d'un droit de créance pour y substituer un droit de propriété sur des corps certains. L'action exercée n'a donc pas pour but l'exercice d'un droit de créance, mais l'exécution de la clause de remploi. Une fois le remploi effectué, le mari continuera à administrer les valeurs acquises en remploi.

En fait ces incidents n'ont pour ainsi dire pas l'occasion de se produire, car surtout quand il s'agit de valeurs mobilières, les tiers — s'ils sont responsables et en tous cas les Officiers ministériels — subordon-

(7 bis) Capitant, p. 255, *op. cit.*

nent leur paiement à la justification du emploi et le mari se trouve ainsi contraint d'y procéder.

Quant à l'immatriculation sur les titres nominatifs de la qualité de femme mariée et de la clause de emploi, il nous apparaît que la femme pourrait y procéder seule en cas d'inaction du mari. Il lui suffit de fournir un certificat de propriété à l'établissement émetteur. L'autorisation du mari ne nous paraît pas nécessaire, ni celle de justice, puisqu'il ne s'agit pas en somme de l'accomplissement d'un acte juridique exigeant la capacité mais seulement d'une modification de forme dans l'immatricule du titre.

La conversion au nominatif pourrait — nous semble-t-il — être demandée par la femme, à défaut de son mari, mais comme il s'agit d'un acte juridique, il serait nécessaire d'avoir l'autorisation de justice.

Une difficulté peut naître également de ce que cette opération exige la remise des titres au porteur à l'établissement émetteur. Or c'est le mari administrateur des biens de la femme qui détient ces titres au porteur. Si donc il ne consent pas à les déposer, quelle solution peut-on envisager ? Il nous semble difficile de dire que la femme pourra procéder comme s'il s'agissait de deniers et qu'elle puisse faire prélever sur les biens du mari sommes égales à la valeur des titres au porteur pour être remployées en acquisition de titres nominatifs de même nature, car si à la dissolution du mariage on retrouve ces titres au porteur, la femme n'aura pas cessé d'en être propriétaire et l'on ne voit vraiment pas par quelle opération juridique on pourrait contraindre le mari à les conserver pour son compte ou celui de la communauté. A tout le moins si on admettait ce procédé — ce dont nous doutons — aurait-il droit à une récompense égale au montant des sommes qui auraient

été utilisées à l'acquisition des titres nominatifs pour le compte de la femme.

La difficulté pour vaincre l'inertie du mari qui ne fait pas procéder à la conversion au nominatif exigée par le contrat de mariage, est d'autant plus dangereuse que bien souvent la responsabilité des tiers — si elle est engagée — n'a pas à intervenir. En effet, il arrive souvent que la femme possède des titres au porteur quand elle se marie, ou bien au cours du mariage il lui en advient par succession. Dans ces hypothèses c'est le mari qui les appréhende de droit sans qu'un tiers ait à les lui remettre qui contrôlerait les conditions du statut matrimonial.

On en est donc réduit dans ces cas à utiliser les procédés assez illusoires de l'astreinte ou de la condamnation à des dommages-intérêts.

Nous préconisons donc que la femme propriétaire de titres au porteur ait soin de stipuler dans son contrat de mariage que ces titres ne seront remis au mari qu'après la conversion au nominatif et l'immatriculation contenant mention de la clause de remploi, faites à la diligence du notaire rédacteur du contrat à qui les titres seront remis à ce moment.

Ce procédé sera efficace pour les titres au porteur dont la femme est propriétaire au moment du mariage mais sera évidemment insuffisant pour les valeurs acquises par succession sans l'intervention de tiers dont la responsabilité serait engagée, soit contractuellement, soit légalement.

§ III. — ETENDUE DE L'OBLIGATION DU MARI

Quand le remploi effectué par le mari dans les termes du contrat de mariage peut-il être considéré comme régulier et quand l'obligation du mari se

trouve-t-elle remplie de façon qu'aucun grief ne soit encouru ?

C'est en sa qualité d'administrateur des biens de la femme que le mari est tenu au remploi et l'obligation qui lui est faite est une obligation contractuelle.

En cette qualité il est donc tenu de toute faute commise au cours de sa gestion et dans l'exécution de son obligation et cette faute, s'agissant d'une obligation contractuelle, serait d'ailleurs présumée dès lors qu'il serait établi que l'obligation n'est pas exécutée sans défaut.

De l'existence de cette responsabilité contractuelle qui rend le mari responsable de toute faute dans l'exécution du remploi, on peut inférer que l'obligation qui pèse sur lui est la plus rigoureuse qui puisse peser sur les personnes tenues au remploi, c'est-à-dire qu'il ne sera libéré qu'autant que le remploi sera matériellement effectué, valable, utile, suffisant. Nous aurons en effet à voir qu'il peut y avoir des nuances dans l'obligation de remploi et que l'on peut être tenu à veiller à la matérialité du remploi et non à sa validité ou à son utilité.

En tant que l'obligation principale pèse sur le mari en sa qualité d'administrateur des biens de la femme, il est logique qu'elle comprenne l'étendue de tous ces termes.

Et du fait que nous admettons que l'obligation de remploi n'est qu'un des éléments des devoirs du mari administrateur des biens de la femme, nous tirons cette conséquence qu'il serait impossible, comme on l'admet pour les tiers, de limiter l'obligation du mari par exemple à l'exécution matérielle du remploi en l'exonérant de toute charge concernant la validité ou l'utilité du remploi.

En effet cette clause n'aurait pas en réalité pour effet de déterminer les obligations du mari, mais

plutôt de l'exonérer des fautes qu'il commettrait dans l'administration qui lui incombe, ce qui serait illicite.

Le mari répond donc :

1° De la matérialité du emploi :

Le emploi ne sera donc régulier qu'autant qu'il aura été effectif, c'est-à-dire que les fonds propres de la femme auront véritablement été employés et que les titres ainsi acquis seront définitivement à la disposition des époux. Tout emploi fictif ou frauduleux ne serait pas matériellement accompli. On concevrait par exemple qu'un mari achète des valeurs mobilières qu'il dirait à sa femme acquises en emploi, alors que s'agissant en réalité d'un marché spéculatif devant se terminer en fait par une différence, les titres ne devaient jamais être livrés. De même on peut considérer comme purement fictif le emploi qui consisterait à acheter des titres sans valeur pour un prix simulé et dans le seul but d'éluder ainsi les obligations matrimoniales. De telles pratiques ont souvent été sanctionnées par les tribunaux quand il s'agissait de emploi du prix de vente de valeurs mobilières en immeubles qui ne présentaient aucune valeur réelle, le prix d'acquisition étant uniquement majoré dans le but de parvenir à un emploi fictif.

La jurisprudence assimile dans ce cas ce emploi frauduleux au défaut total de emploi ⁽⁸⁾.

2° De la validité du emploi :

Ce qui signifie que le emploi doit être effectué dans les conditions déterminées au contrat de mariage en valeurs qui y sont désignées et en observant les formes prescrites par les articles 1434-1435.

(8) Cass. 23 mars 1898, D. 98-1-330, D. 98-2-300 ; Paris, 15 avril 1899, *Gaz. Trib.*, 2° p., 117-2-1899 ; Toulouse, 18 janvier 1893, *Gaz. Pal.*, 1893-1-189.

3° De l'utilité du remploi :

Le mari doit effectuer le remploi en valeurs de bonne éviction. Par exemple si les valeurs acquises étaient frappées d'opposition, si les actions n'étaient pas libérées entièrement, le remploi ne serait évidemment pas utile puisque la femme risquerait d'une part d'être dépossédée par l'application de la loi de 1872 et d'autre part, à défaut de versement du capital non libéré (la femme peut à ce moment n'avoir pas les capitaux nécessaires), elle risque d'être exécutée en bourse. De même si ces valeurs étaient déposées en nantissement.

De même nous pensons que si le mari a le choix des valeurs à acquérir, le remploi serait irrégulier si les titres n'offraient qu'une sécurité douteuse et des risques de dépréciation rapide. Il faut, bien entendu, se placer au moment de l'acquisition pour apprécier l'utilité du remploi, car le mari ne peut assumer les risques éventuels et imprévisibles de fluctuation des cours.

4° De la suffisance du remploi :

Nous nous sommes déjà expliqué sur ce point en indiquant que doivent être remployés *tous* les fonds disponibles soumis au remploi, mais qu'une tolérance de fait était admise quand la valeur des titres ne permet pas d'en acheter un nombre qui correspond exactement au montant de la somme à remployer.

Nous avons vu aussi que les frais d'acquisition ou de vente devaient être considérés comme tenant lieu de remploi et en conséquence prélevés sur les sommes à remployer.

Si cependant le mari n'avait fait qu'un remploi partiel des fonds à remployer, celui-ci serait insuffisant même si, depuis l'acquisition, les cours des valeurs avaient augmenté au point d'équivaloir ou

même dépasser le montant des sommes qui devaient être remployées à l'origine.

§ IV. — CONSÉQUENCES DU DÉFAUT
OU DE L'IRRÉGULARITÉ DU REMploi A L'ÉGARD DU MARI

Il faut, en règle générale, assimiler le remploi irrégulier au défaut de remploi. Si en effet le remploi est fictif ou frauduleux, si les conditions de validité du remploi ne sont pas remplies, si le remploi est inutile, ce remploi est en réalité inexistant ⁽⁹⁾. L'inexistence de ce remploi peut évidemment être invoquée par la femme qui laissera dans ce cas pour le compte de son mari l'opération irrégulière avec tous ses aléas. C'est ainsi qu'il a été jugé que le remploi de fonds appartenant à une femme effectué en valeurs mobilières par le mari dans des conditions irrégulières (les titres n'avaient pas été inscrits au nom de la femme comme l'exigeait le contrat de mariage), était inopérant malgré l'acceptation de la femme. Les valeurs ainsi acquises étaient aux risques du mari qui restait responsable de l'inexécution du remploi ⁽¹⁰⁾.

Telle ne serait pas la solution — selon nous — dans le seul cas d'insuffisance du remploi, c'est-à-dire dans le cas où toute la somme n'aurait pas été remployée. Le remploi serait valable partiellement, les valeurs acquises seraient propres ou dotales et le mari ne serait responsable de l'inexécution du remploi que pour les sommes qui n'auraient pas été utilisées.

Lorsque le mari n'a pas rempli ses obligations, lorsqu'il n'a pas fait le remploi ou l'a fait irréguliè-

(9) Références précitées.

(10) Cass. Req. 16 nov. 1926 *Gaz. Pal.*, 1927-1-230.

rement — ce qui revient au même — il se trouve qu'en sa qualité d'administrateur des biens de la femme il a reçu des deniers dont il est comptable puisqu'aucun emploi valable n'en a été fait.

La situation de la femme est d'abord dans ce cas exactement la même que dans l'hypothèse où aucune clause de remploi n'aurait été stipulée, c'est-à-dire que les propres parfaits ou la dot mobilière se trouvant transformés en argent perçu par le mari et non remployé, la femme a une action en reprise contre son mari.

Toutefois en dehors de cette action de droit commun, la femme aurait aussi dans cette hypothèse une action en responsabilité contre son mari fondée sur l'inexécution de ses obligations. Pour triompher dans cette action, la femme n'aurait pas comme de droit commun à faire la preuve d'une faute de son mari dans la gestion du patrimoine propre ⁽¹¹⁾. Il s'agit en effet de l'inexécution d'une obligation, donc d'une faute contractuelle qui engage de plein droit la responsabilité du mari, sauf preuve d'un cas de force majeure.

La femme pourrait ainsi, en outre de la reprise de ses deniers, obtenir des dommages-intérêts en réparation du préjudice subi par l'inexécution du remploi.

Ce préjudice pourrait correspondre par exemple en matière de valeurs mobilières au gain que la

(11) Bien que cette solution ait été contestée, nous estimons que de droit commun la preuve de cette faute incombe à la femme, car en fait la solution inverse aboutirait à des solutions inadmissibles. C'est ainsi que le mari gérant le portefeuille de sa femme serait responsable de plein droit, sauf preuve contraire, de la diminution de ce portefeuille par suite de fluctuation des cours. En quoi consisterait donc, dans ce cas, la preuve négative qu'aucune faute n'a été commise et comment la rapporter ? Contra : Planiol et Ripert, t. VIII, n° 583.

femme aurait pu réaliser sur les valeurs que le mari était tenu de racheter. Si les cours ont monté depuis l'époque où le remploi aurait dû être effectué, la femme aurait droit à une indemnité égale à la différence des cours.

Action en reprise à laquelle se superpose une action en responsabilité : il s'agit évidemment de recours théoriques car la clause de remploi a précisément pour but de conjurer l'insolvabilité du mari en substituant une reprise en nature à une reprise en valeurs. Or il est certain que la clause de remploi est inutile si le mari est honnête et solvable et que l'action en dommages-intérêts est tout aussi inopérante que l'action en reprise si le mari est malhonnête et insolvable.

L'action en dommages-intérêts étant en somme contre le mari la seule sanction du défaut de remploi ou du remploi irrégulier, on voit — comme nous l'avons déjà dit — que la clause de remploi n'est utile qu'autant qu'elle permet d'atteindre les tiers ou au moins certains tiers garants de l'exécution du remploi. Nous examinerons les obligations de ces tiers et leur garantie dans les chapitres suivants.

CHAPITRE VII

EFFETS DE LA CLAUSE DE REMPLOI A L'EGARD DES TIERS

§ I. — SOURCE DE L'OBLIGATION DES TIERS

Nous avons vu que la clause de remploi n'était efficace qu'autant qu'elle était obligatoire pour les tiers.

Nous savons, d'autre part, que l'obligation de remploi résulte du contrat de mariage, c'est-à-dire d'un acte auquel ils sont étrangers.

Comment donc l'obligation de remploi ainsi créée en dehors d'eux peut-elle s'imposer aux tiers ?

Telle est la première question à résoudre et qui nous permettra de distinguer ensuite le fondement et la nature des obligations qui pèsent sur les différentes personnes tenues du remploi.

Ces différentes personnes sont, en règle générale :

1° Les débiteurs de deniers propres ou dotaux et en particulier les acquéreurs des biens de la femme.

2° Les Etablissements débiteurs.

3° Les intermédiaires qui participent à ces opérations.

A. — *Débiteurs de deniers, acquéreurs, établissements émetteurs.* — Nous avons déjà vu qu'il était incontestablement licite de limiter par contrat de mariage la capacité de la femme et l'aliénabilité de

ses biens, la validité de la clause de remploi n'étant plus discutée.

Lorsqu'un paiement doit être fait à la femme, le débiteur qui est tenu de faire un paiement valable, s'il ne veut s'exposer à payer deux fois, se trouve donc obligé de tenir compte des conditions auxquelles le régime matrimonial habilite la femme ou le mari à recevoir les deniers propres ou dotaux ⁽¹⁾. Ce n'est donc point tant une obligation directe et contractuelle résultant du contrat de mariage qui oblige les tiers à veiller au remploi, que la nécessité pour eux de se libérer régulièrement.

L'idée qui est à la base du principe de responsabilité des débiteurs de deniers dotaux réside donc surtout dans cette règle que le débiteur qui paie mal paie deux fois (art. 1241).

B. — Quant à l'acquéreur des biens de la femme, il semble que la surveillance du remploi à laquelle il est tenu trouve son origine non seulement dans l'obligation de payer valablement son prix, mais aussi dans ce que cette surveillance est une des conditions essentielles de l'aliénation. A défaut de cette surveillance, la solidité de son acquisition se trouverait en péril puisque la condition de celle-ci n'ayant pas été respectée, cette acquisition risquerait d'être résolue (art. 1184) ou annulée (art. 1560).

Dans cette hypothèse encore c'est plus le besoin de se garantir contre la précarité de son acquisition que l'obligation à lui imposée par contrat de mariage qui rend l'acquéreur tenu de surveiller le remploi.

C. — A la responsabilité des débiteurs de deniers dotaux il semble que l'on puisse rattacher également la responsabilité des établissements émetteurs.

(1) Cass. Req. 4 juillet 1899, D. P. 1900-1-206 ; Civ. 26 février 1912, D. P. 1912-1-359 ; Planiol et Ripert, t. IX, n° 1221 ; Aubry et Rau, t. V, § 535, note 18.

Lorsqu'il s'agit d'un remboursement, cette assimilation est d'ailleurs évidente. Mais les difficultés se présentent surtout à l'occasion des transferts de titres nominatifs.

Il est en effet impossible de prétendre que l'établissement qui opère un transfert fait un véritable paiement au vendeur puisque ce paiement est effectué par l'acquéreur.

Toutefois l'idée que l'établissement émetteur ne procède qu'à une opération d'ordre serait inexacte. Car, en fait, son rôle n'est pas purement passif : c'est le transfert seul qui, à l'égard de la société ou des tiers, investit l'acquéreur de ses droits. Et ce faisant la société éteint en même temps les obligations qui pèsent sur elle à l'égard du vendeur. Or l'extinction de ce droit équivaut en somme à la libération de la société à l'égard du précédent titulaire de l'inscription nominative. Il faut donc admettre que cette libération ne peut être régulière qu'autant qu'elle a été obtenue dans les conditions voulues par le contrat de mariage qui a tracé le cadre et les conditions d'exercice de la capacité de l'épouse.

La même analyse nous paraît exacte en ce qui concerne les conversions au porteur car elles comportent aussi l'extinction d'un droit militant au profit d'une personne déterminée pour le remplacer par un droit reconnu au profit de personnes indéterminées.

C'est donc encore ici, selon nous, l'obligation d'être libérées régulièrement qui, eu égard à la capacité limitée et conditionnelle de la femme, astreint les sociétés à la surveillance du emploi et non un véritable contrat créateur d'obligations à la charge des tiers.

D. — *Officiers ministériels.* — Faisant abstraction des règles spéciales qui résultent de la législation

des rentes sur l'Etat, la situation des agents de change n'est pas exactement semblable à celle des débiteurs de deniers.

Savoir comment la clause de remploi résultant du contrat de mariage peut avoir à l'égard des agents de change et aussi des notaires une force obligatoire, dépend du fondement qu'on assigne à leur responsabilité.

Nous aurons l'occasion en étudiant le rôle de l'agent de change et celui du notaire de discuter les diverses théories en présence pour rechercher le fondement et l'étendue de leur responsabilité.

Qu'il nous suffise d'indiquer pour l'instant que dans les différentes thèses cette responsabilité est :

- 1° Soit celle de l'acquéreur ou du débiteur de deniers ;
- 2° Soit professionnelle ;
- 3° Soit celle du mandataire ;
- 4° Soit délictuelle.

Déterminer le caractère de cette responsabilité qui est incontestée, est un problème important, mais plus difficile est d'établir le phénomène juridique qui, dans chacune de ces thèses, rend le contrat de mariage obligatoire pour ceux qui n'y furent point parties.

Nous avons tenté d'expliquer cet aspect du problème en ce qui concerne les acquéreurs ou les débiteurs de deniers, nous n'y reviendrons donc pas.

Si l'on admet qu'il s'agit d'une responsabilité professionnelle : l'obligation des Officiers ministériels doit résider dans les règles même de la profession qui astreignent les titulaires des charges à se soumettre aux stipulations du régime matrimonial. Ces stipulations trouvent alors leur force obligatoire non en elles-mêmes, mais dans le statut professionnel. Il

reste alors à déterminer l'existence et la portée de ce statut professionnel.

Si on admet, d'autre part, que les Officiers ministériels agissent en qualité de mandataire, leur obligation résulte plus directement du contrat de mariage lui-même.

En effet le mandat que les agents de change ou les notaires reçoivent de la femme ne peut s'écarter des conditions auxquelles leur mandante peut les en investir. Ils ne peuvent donc valablement procéder à des opérations qu'en se soumettant aux obligations et conditions qui permettent à la femme elle-même d'y procéder. L'obligation de surveiller le remploi est ainsi en quelque sorte incluse dans le mandat d'aliéner ou d'acheter. Et c'est ce contrat de mandat, dont le cadre ne peut ainsi être différent de celui tracé par les époux dans leur contrat de mariage, qui crée le lien obligatoire des agents de change, le contrat de mariage ne s'imposant à eux que par l'intermédiaire de ce contrat superposé.

Que si l'on se borne à assigner l'article 1382 comme base de la responsabilité de l'agent de change ou du notaire, nous estimons qu'il faudrait alors admettre que le contrat de mariage s'impose directement aux tiers par sa seule force, car l'article 1382 n'est en somme que la sanction d'une obligation préexistante. On n'aperçoit guère dans cette hypothèse une obligation légale extracontractuelle de surveiller les remplois prescrits par contrat de mariage. Cette obligation préexistante ne saurait donc résulter que du contrat lui-même, mais il serait alors vraiment contraire à tous les principes qu'un tiers soit rendu responsable de ne pas s'être conformé à un contrat auquel il est étranger. Ce motif nous fait donc dès maintenant écarter toute obligation directe résultant du contrat de mariage.

Nous espérons avoir démontré que les tiers — au sens large du terme — ne sont en vérité astreints à la surveillance du emploi que par le truchement d'une obligation qui — elle — s'impose directement et se superpose à la stipulation de emploi pour lui donner sa force et sa vie extérieures.

§ 2. — QUAND LES TIERS SONT-ILS ASTREINTS
A LA SURVEILLANCE DU EMPLOI ?

Ce problème doit être résolu différemment selon les régimes matrimoniaux.

A. — *Régime de communauté.*

Nous avons déjà eu l'occasion de dire que le principe était — sous ce régime — la libre aliénabilité des valeurs mobilières par la femme autorisée de son mari.

Les tiers ne sont donc pas tenus à la surveillance du emploi si les époux ne l'ont pas stipulé dans leur contrat de mariage.

Toutefois nous aurons ultérieurement à examiner si ce principe est rigoureusement exact en ce qui concerne les Officiers Ministériels : agents de change ou notaires, qui participent à la négociation de valeurs mobilières. Sous cette réserve il faut une clause spéciale et précise pour que le emploi soit soumis au contrôle et à la responsabilité des tiers.

Nous avons indiqué d'ailleurs que l'interprétation de ces clauses était restrictive et faite toujours dans un sens favorable à l'exonération des tiers.

C'est donc la clause du contrat de mariage qui détermine les obligations des tiers et ceux-ci ont le devoir de se faire communiquer cet acte afin de connaître la portée et l'étendue de l'obligation qui leur

incombe pour être valablement libérés. Notamment en matière de valeurs mobilières les contrats prescrivent le plus souvent de quelle manière le remploi devra être effectué, entre les mains de qui les tiers se trouveront libérés, des formules diverses ayant pour but de remédier aux difficultés matérielles que nous avons déjà envisagées relativement à l'observation des articles 1434-1435 et à la justification du remploi.

La clause de remploi ainsi rendue opposable aux tiers n'a d'ailleurs pas pour conséquence absolue de frapper d'inaliénabilité les valeurs mobilières de la femme. En effet la femme conserve sa pleine capacité d'aliéner qui est la règle du régime de communauté. La clause de remploi n'est en somme qu'une charge de l'aliénation et une condition de la libération. Et de ce principe il faut tirer cette conséquence que le défaut de remploi, c'est-à-dire l'inexécution de cette charge, ne frappe pas pour autant l'acquisition d'une nullité spécifique. Seulement, l'acquéreur ou le débiteur de deniers ne sont pas libérés valablement, ils s'exposent à payer leur prix une seconde fois, ce qui est toujours leur droit, car l'acquisition n'étant point nulle leur obligation consiste seulement à indemniser la femme de la perte de sa dot, à faire procéder en somme au remploi qui n'a pas été fait, et ce n'est qu'à défaut de cela qu'il serait possible d'accorder l'action résolutoire pour inexécution des conditions (art. 1184).

Pour que l'acquisition soit nulle par suite du défaut de remploi il faudrait que le contrat ait stipulé nettement que le remploi est une des conditions de validité de la vente auquel cas la clause est analogue à une véritable stipulation de dotalité puisque les

biens de la femme sont en somme rendus inaliénables sauf remploi (2).

B. — *Régime dotal.*

A l'inverse de ce qui se produit sous les régimes de communauté, il n'est point nécessaire — sous le régime dotal — d'une clause spéciale pour que la surveillance du remploi soit obligatoire pour les tiers. De plein droit ils sont responsables du défaut de remploi (3).

Cela tient à l'essence même du régime dotal où l'inaliénabilité est la règle. Pour acquérir valablement des droits il faut pouvoir s'appuyer sur une dérogation à cette inaliénabilité. Or ce qui autorise exceptionnellement l'aliénation c'est la condition de remployer. Dès lors que cette condition n'est pas observée le bien aliéné conserve son caractère d'inaliénabilité, ce qui ouvre à la femme l'action en nullité de l'article 1560.

On a parfois soutenu que ce principe n'était exact qu'autant qu'il s'agissait d'immeubles, mais que s'agissant de valeurs mobilières — qui sont aliénables entre les mains du mari — les tiers n'avaient pas besoin de se prévaloir de la clause de remploi pour valider leur acquisition puisqu'il leur suffisait d'invoquer les pouvoirs du mari. Dans cette thèse, de même que sous le régime de communauté, une clause spéciale serait nécessaire pour engager la responsabilité des tiers.

(2) Cass. Req. 18 février 1935, D. H. 1935, p. 177 ; Paris, 24 janvier 1933, D. H. 1933-186 ; Planiol et Ripert, t. VIII, n° 641.

(3) Cass. Civ., 12 mars 1902, D. P. 1902-1-191 ; Bordeaux, 23 mai 1894, D. P. 96-2-254 ; Toulouse, 31 janvier 1910, sous C. Req., 30 octobre 1911, D. P. 1916-1-5, note Sarrut.

Malgré certains arrêts dans ce sens ⁽⁴⁾ la jurisprudence et la plupart de la doctrine ne semblent pas avoir admis cette thèse et elles décident que même en matière de valeurs mobilières les tiers sont tenus de plein droit sans clause spéciale à la surveillance du emploi.

Pour notre part nous estimons que cette dernière thèse est exacte pour plusieurs motifs :

En effet il faut retenir que les pouvoirs d'aliénation du mari sur les valeurs mobilières dotales ne sont que la conséquence de l'exercice de ses pouvoirs d'administrateur, mais ne détruisent nullement les caractères juridiques essentiels du régime dotal qui s'appliquent aussi bien à la dot mobilière qu'à la dot immobilière, c'est-à-dire : l'inaliénabilité, l'imprescriptibilité et l'insaisissabilité.

Par conséquent lorsque les époux stipulent que ces valeurs mobilières ne seront aliénables qu'à charge de emploi ils entendent bien se référer à cette inaliénabilité dotal à laquelle ils dérogent et non à ces pouvoirs d'aliénation particuliers au mari qu'il n'exerce qu'en qualité d'administrateur.

Il en résulte donc bien que les tiers, avisés par le contrat que les époux ont adopté ce régime, ne peuvent — pour s'exonérer — invoquer les pouvoirs d'administration du mari alors que ce contrat se réfère à l'inaliénabilité de la dot pour autoriser l'aliénation à charge de emploi. Le défaut de emploi conserve ainsi à la dot mobilière son caractère d'inaliénabilité et l'aliénation ainsi faite est frappée de

(4) Guillouard, t. IV, n° 1798 ; Aubry et Rau, t. V, § 535, note 19 ; Req. 7 nov. 1854, D. 55-1-26 ; Montpellier, 29 avril 1874, D. P. 75-2-154 ; Contra : Planiol et Ripert, t. IX, n° 1206 ; Solus : Cours de doctorat, *op. cit.*, p. 395 ; Req. 1^{er} février 1859, D. 59-1-266 ; 7 juillet 1891, D. 92-1-185 ; Civ. 26 février 1912, D. 1912-1-359 ; Toulouse, 31 janvier 1910 précité.

nullité comme en matière d'immeubles sans clause spéciale rendant le remploi obligatoire pour les tiers.

D'ailleurs nous avons tenté de montrer dans un chapitre précédent qu'en présence d'une clause autorisant l'aliénation à charge de remploi il est rien moins que certain que le mari conserve le droit d'aliéner la dot mobilière en vertu de ses pouvoirs d'administration. Et dans cette dernière thèse la question ne peut évidemment se poser puisque les tiers ne peuvent tenter d'invoquer les pouvoirs du mari pour s'exonérer.

§ 3. — ETENDUE DES OBLIGATIONS DES TIERS

A. — Nous croyons qu'il est utile avant toute chose de préciser l'obligation des tiers.

En principe — et à moins qu'ils n'en soient chargés spécialement à raison de leurs professions — les tiers n'ont pas mission d'effectuer eux-mêmes le remploi. Leur obligation n'est pas une obligation *d'exécution* du remploi et nous pensons même qu'ils seraient sans droit pour y procéder.

Mais soit que la clause précise que les tiers ne seront définitivement libérés qu'après la réalisation du remploi ou qu'ils seront tenus de veiller à l'exécution du remploi, ou, sous le régime dotal, que la clause soit muette sur la mission des tiers, nous estimons que leur obligation n'est qu'une obligation de *surveillance*.

C'est le mari qui est chargé de faire procéder au remploi ou ceux qui lui seraient spécialement substitués par le contrat de mariage et non les tiers eux-mêmes. Ces derniers ont seulement pour mission de surveiller cette exécution de l'obligation qui pèse sur le mari.

La formule usuelle selon laquelle les tiers sont les « garants » du remploi nous paraît donc peu exacte, car elle semble impliquer que les tiers, s'ils ne sont pas tenus personnellement de l'exécution du remploi, sont en tous cas responsables de plein droit du défaut de remploi au même titre et pour les mêmes causes que le mari.

Or en réalité l'obligation des tiers étant seulement une obligation de surveillance, ceux-ci ne nous paraissent devoir être tenus que *de leur défaut de surveillance*, c'est-à-dire en somme de *leur faute*.

Que l'on considère le tiers responsable comme ayant mal payé (art. 1241) ou comme n'ayant pas observé la condition de l'aliénation, c'est toujours un manquement à l'obligation de surveillance, c'est-à-dire une faute dans la surveillance du remploi qui est la source de cette responsabilité.

Il est d'ailleurs vrai de dire que dès lors que le remploi n'aura pas été effectué ou qu'il aura été mal effectué, le défaut de surveillance se trouvera par là même établi d'une façon pour ainsi dire automatique.

Cependant la jurisprudence prend soin de toujours préciser l'existence de la faute dans la surveillance et cette analyse permet de réserver la possibilité d'établir pour l'exonération des tiers qu'ils n'ont commis aucune faute et ont au contraire pris toutes les précautions inhérentes à leur mission de surveillance ⁽⁵⁾.

B. — Il nous reste alors à déterminer comment et sur quoi doit s'exercer cette surveillance du remploi.

Nous avons indiqué dans le chapitre précédent que le mari, tenu d'effectuer le remploi, était responsable de sa matérialité, de son utilité, de sa validité.

(5) Cass. Req. 18 juillet 1898, S. 99-1-73 ; Paris, 15 mars 1895, D. 96-2-145 ; Paris, 2 janvier 1858, D. 58-2-4 ; Toulouse, 18 janvier 1893, précité.

Lorsque les tiers sont chargés de surveiller le remploi le contrat de mariage détermine généralement l'étendue de leur surveillance et précise si celle-ci doit porter sur les uns ou les autres de ces éléments ou sur leur ensemble.

Toutefois on a pu légitimement se poser la question de savoir, en l'absence de précision de la clause sur ce point, si les tiers étaient responsables de la matérialité, de l'utilité et de la validité du remploi ou seulement de sa matérialité.

La question se posait d'ailleurs différemment selon les régimes adoptés.

Régime dotal.

L'inaliénabilité étant la règle et l'aliénabilité l'exception, les clauses de remploi étant d'ailleurs opposables aux tiers de plein droit, leur obligation doit être la plus rigoureuse et on n'a jamais mis en doute que, sauf clause contraire, les tiers sont tenus de surveiller non seulement la matérialité mais aussi l'utilité et la validité du remploi. En effet il faut admettre qu'en présence d'un régime dotal les époux n'ont voulu autoriser l'aliénation qu'en observant les conditions les plus sévères ⁽⁶⁾.

Régime de communauté.

Dans le silence du contrat sur l'étendue de la surveillance des tiers, on peut légitimement se demander si, sous ce régime de communauté, ils ne sont pas seulement tenus à la surveillance de la matérialité du remploi et non à la surveillance de sa validité et de sa suffisance.

M. Solus ⁽⁷⁾ a, dans son cours, émis l'opinion que le

(6) Cass. Civ. 29 janvier 1890, D. 90-1-97, note Planiol ; Planiol et Ripert, t. IX, n° 1213.

(7) Cours, p. 305.

droit commun était la seule surveillance de la matérialité du remploi.

La jurisprudence ne semble pas avoir tranché la question et les auteurs ne font généralement aucune distinction ⁽⁸⁾.

Le raisonnement pourrait être le suivant : la règle du régime de communauté c'est la libre aliénabilité des biens et les clauses de remploi devant être interprétées restrictivement, la seule obligation qui découle d'une clause rendue opposable aux tiers c'est de veiller à l'exécution matérielle du remploi.

Telle n'est cependant pas notre opinion.

En effet si les époux ont — sans précision sur l'étendue de cette obligation — stipulé que les tiers seront tenus de veiller à l'exécution du remploi, ou seront responsables de la réalisation du remploi, ou ne se trouveront libérés qu'après la réalisation du remploi, cette obligation de surveillance est complète par elle-même. Le but des époux a été de garantir la reconstitution du patrimoine de la femme en propres parfaits. Et pour y parvenir l'obligation de surveillance du remploi comporte essentiellement en elle-même, sans autre précision nécessaire, la surveillance de la matérialité, de l'utilité et de la suffisance du remploi. Pour exclure l'un de ces éléments de l'obligation des tiers une clause serait au contraire nécessaire.

Nous estimons donc que la règle générale comporte la responsabilité la plus étendue.

Nous avons étudié, en examinant les obligations du mari, les éléments de la matérialité, de la validité et de la suffisance du remploi. Nous n'y reviendrons

(8) Planiol et Ripert, t. VIII, n° 647.

donc que d'une façon succincte en ce qui concerne les tiers débiteurs du prix de valeurs mobilières.

En premier lieu leur devoir essentiel est de ne se libérer que dans les conditions tracées par le contrat de mariage et entre les mains de ceux qui y sont indiqués.

Ils sont en droit notamment d'exercer leur contrôle en se refusant à tout paiement jusqu'à l'accomplissement du remploi et contre justification de remploi effectué d'une façon régulière et utile.

C'est ainsi qu'on doit leur justifier que le remploi a été effectif. La représentation du bordereau d'agent de change et du titre nominatif, ou le récépissé des titres au porteur bloqués, l'acceptation de la femme, seront les éléments justificatifs de la matérialité du remploi. Ou en cas de remploi de valeurs mobilières en immeubles le débiteur du prix des valeurs ou les intermédiaires devront exiger communication du bordereau des ventes, de l'acte d'acquisition, l'état des inscriptions, la quittance du prix et l'acceptation de la femme. L'avis du notaire que le remploi a été régulièrement effectué serait insuffisant pour dégager la responsabilité du tiers au cas où le remploi se révélerait irrégulier (9).

Pour s'assurer de la validité du remploi les tiers devront vérifier si le remploi a été effectué conformément au contrat de mariage, dans des valeurs autorisées et si les mentions prescrites par les articles 1434 et 1435 ont été régulièrement faites.

Et la suffisance et l'utilité du remploi résulteront, comme pour le mari, du remploi de toute la somme disponible en valeurs ou immeubles de bonne éviction et présentant une valeur réelle, ce dont il est facile de s'assurer en matière de valeurs mobilières

(9) Cass. 31 octobre 1904, Pand 1905-1-106 et la note.

au moyen des cours de Bourse et la communication des bordereaux de vente et d'achat.

A défaut de ces justifications, les tiers seraient en droit de se refuser à l'exécution de leurs obligations et ils pourraient valablement consigner les sommes ou valeurs dont ils sont détenteurs à la Caisse des dépôts. Toutefois cette consignation ne saurait les dégager de la surveillance du emploi ultérieur.

De même à défaut de clause spéciale du contrat de mariage la remise des fonds à l'Officier Ministériel, notaire ou agent de change, chargé par les époux d'effectuer le emploi, ne saurait les exonérer non plus de toute surveillance ⁽¹⁰⁾.

Nous aurons du reste l'occasion de revenir sur l'application de ces principes aux acquéreurs de valeurs mobilières, aux établissements débiteurs et aux Officiers Ministériels eux-mêmes.

§ 4. — CLAUSES LIMITATIVES DE RESPONSABILITÉ

En pratique et spécialement en matière de valeurs mobilières la responsabilité n'est généralement pas aussi étendue car les difficultés occasionnées par ce contrôle des tiers provoque des complications sans fin.

La tendance est donc, d'une part, de limiter l'étendue de la surveillance des tiers ou même, d'autre part, de les en exonérer complètement pour concentrer la responsabilité du emploi sur quelques personnes déterminées : séquestre, notaire, agent de change.

(10) Cass. 31 oct. 1904 précité ; Aix, 19 mars 1891, D. 92-2-343 ; Req. 20 mars 1894, D. 95-1-45.

A. — *Limitation de la responsabilité.*

Le contrat de mariage peut stipuler que les tiers débiteurs du prix de valeurs mobilières ne seront garants que de la matérialité du remploi mais non de sa suffisance et de sa validité.

Les tiers peuvent aussi se trouver libérés aussitôt l'acceptation du remploi par la femme.

Toutefois il peut y avoir parfois certaines difficultés sur l'application de ces clauses. C'est ainsi que le Tribunal de la Seine a décidé que la matérialité du remploi impliquait nécessairement sa validité car un remploi nul serait en fait un remploi inexistant puisque la femme ne retrouverait pas la dot dont le remploi devait assurer l'existence ⁽¹¹⁾. De même il a été décidé que l'acceptation de la femme était un des éléments de la matérialité du remploi ⁽¹²⁾. Dans cette thèse les tiers seraient tenus de vérifier les conditions de forme du remploi bien que leur surveillance soit limitée à la matérialité du remploi. Cette opinion nous semble raisonnable car la matérialité du remploi suppose au moins que la subrogation réelle s'est opérée valablement.

La question se pose également de savoir, au cas où les tiers sont seulement tenus de veiller à la matérialité, à quel point précis s'arrête cette obligation.

La plupart des arrêts sur la matière concernent la remise des fonds par des agents de change à des tiers qui devaient effectuer le remploi. Nous verrons plus loin que la jurisprudence a évolué sur la responsabilité des agents de change mais elle les assimilait à cette époque à des tiers quelconques. Nous pouvons donc retenir cette jurisprudence comme étant celle

(11) Trib. Seine, 3 mars 1917, *Gaz. Pal.* 29 octobre 1918.

(12) Paris, D. 97-2-510.

applicable à tous les débiteurs de deniers ou aux Etablissements débiteurs.

Il semble se dégager de cette jurisprudence que si le débiteur s'est conformé au contrat de mariage en remettant les fonds à un tiers déterminé par ce contrat, par exemple, un notaire, et s'est fait justifier qu'un emploi a été réellement fait, il se trouve dégagé de toute responsabilité même s'il se révèle ultérieurement qu'en fait le emploi a été frauduleux et fictif, les biens réellement acquis étant sans valeur. La réalisation de l'acte authentique *d'apparence régulière* constitue, dans cette thèse, la décharge du débiteur de deniers tenu de veiller à la matérialité du emploi mais non à son utilité ⁽¹³⁾.

Au contraire si ce débiteur remet les deniers sur la seule indication des époux à un tiers, et que ce tiers procède à un emploi purement fictif, la jurisprudence estime que le débiteur n'est pas valablement libéré si les justifications à lui fournies étaient de nature à éveiller sa suspicion ⁽¹⁴⁾.

Il s'agit donc en réalité d'une appréciation de fait ; il faut rechercher si le débiteur n'a pas commis une faute dans sa surveillance en estimant que les documents justificatifs à lui fournis faisaient foi d'un emploi réel.

En dehors de ces éléments le débiteur tenu à la surveillance de la matérialité du emploi n'encourt pas de responsabilité si les valeurs mobilières acquises l'ont été dans de mauvaises conditions, ou si les sociétés qui les ont émises sont d'une solvabilité

(13) Paris, 30 mars 1898, S. 99-2-37, D. 98-2-300 ; Paris, 15 mars 1895, D. 96-2-145, note Planiol ; Req. 15 février 98, D. 98-1-429 ; Seine, 23 janvier 1904, Pand. 1904-2-286 ; Paris, 11 déc. 1895, S. 98-2-9, note Tissier.

(14) Paris, 15 avril 1899 *Gaz. Trib.*, 2^e part., 117-2-1899 ; Tab. *Gaz. Pal.*, 97-02 V^o Dot, n^o 162 ; Paris, D. 97-2-510 ; Bordeaux, 7 avril 1897, D. 97-2-510.

douteuse, car cela c'est la surveillance de l'utilité du remploi.

Toutefois, par analogie avec ce qui a été décidé en matière de remploi en immeubles du montant de valeurs dotales examiné plus haut, nous pensons que s'il s'agissait d'un remploi en valeurs mobilières et qu'il soit justifié de leur acquisition matérielle, la responsabilité du débiteur ne serait pas dégagée par le seul fait de cette acquisition, si les titres acquis étaient des actions *non libérées*.

En effet, ce n'est point tant l'utilité du remploi qui serait en cause, mais bien sa matérialité puisque le titre se trouverait grevé de la charge de libérer l'apport et de la menace d'exécution en bourse, c'est-à-dire d'un risque évident d'éviction. Il en serait de même si l'acquisition était faite à un prix manifestement au-dessus des cours.

B. — *Exonération de responsabilité*

Une autre modalité des contrats de mariage atténuant encore le rôle des tiers peut consister dans l'exonération de toute surveillance en imposant seulement leur libération entre les mains d'un notaire ou d'un agent de change.

Dans ce cas les tiers débiteurs du montant de valeurs mobilières n'ont même pas à surveiller la matérialité du remploi. La responsabilité du remploi se trouve concentrée sur le notaire ou l'agent de change. La seule obligation des tiers consiste dans ce cas à se libérer entre les mains de ces Officiers Ministériels.

L'intérêt de ces clauses, d'un usage constant à l'heure actuelle, est d'éviter les difficultés inhérentes au régime des valeurs mobilières en ce qui concerne les transferts, les conversions au porteur, les remboursements ou les justifications à fournir aux tiers.

On évite aussi les difficultés issues de l'obligation de justifier du emploi avant que le débiteur se soit libéré ou avant le transfert, ce qui obligeait à faire le emploi par anticipation au moyen d'autres fonds que ceux précisément destinés à être remployés.

Seuls les Officiers Ministériels chargés d'effectuer le emploi, soit en valeurs soit en immeubles, deviendront responsables en recevant les fonds et n'ont de justifications à fournir qu'entre eux ou aux époux.

Ces clauses ont cependant parfois donné lieu à certaines difficultés d'interprétation. Nous les retrouverons en examinant la responsabilité des Etablissements débiteurs et celle des Officiers Ministériels. Il faut cependant retenir que les tiers non tenus à la surveillance du emploi seraient cependant responsables du défaut de emploi, s'ils avaient sciemment participé à une opération frauduleuse de emploi ayant pour but réel de dépouiller la femme de sa dot. Ils seraient alors responsables non plus en vertu du contrat de mariage, mais comme coauteurs d'un même délit civil ⁽¹⁵⁾.

C. — Qu'il s'agisse d'ailleurs d'une limitation de l'obligation de surveillance ou d'une exonération totale ou partielle de certains tiers, la validité de ces clauses ne peut être contestée. Elles sont l'application du principe de la liberté des conventions matrimoniales.

Libres de stipuler l'aliénabilité complète de leurs biens, les époux peuvent aussi conditionner à leur entendement cette aliénabilité ⁽¹⁶⁾.

(15) Civ. 29 janvier 1890, D. 90-1-97 ; Paris, 15 mars 1895, précité, note Planiol ; Toulouse, 18 janvier 1893, *Gaz. Pal.*, 1893-1-189 ; Req. 20 mars 1894, D. 95-1-45 ; Paris 11 décembre 1895, S. 98-2-9.

(16) Planiol et Ripert, t. IX, n° 1207 et jurisprudence citée.

§ 5. — SANCTIONS EN CAS D'INEXÉCUTION DE L'OBLIGATION
DES TIERS

A. — Lorsque par le fait d'un défaut de surveillance du remploi la femme subit une perte totale ou partielle de sa dot, soit que le remploi ait été fait dans des conditions irrégulières, soit qu'il n'ait pas été fait du tout, la sanction de l'inexécution de cette obligation doit avoir pour but la reconstitution de la dot ainsi compromise et irrégulièrement aliénée, c'est-à-dire dans la mesure du possible : la remise dans le *statu quo ante*. En premier lieu la femme se trouvant dépossédée d'un bien dont le prix n'a pas été remployé devrait ainsi pouvoir se faire restituer ce bien ou en tous cas réclamer un second paiement des sommes versées sans surveillance du remploi. Nous avons vu plus haut que sous le régime de communauté c'était cette dernière sanction qui était la règle, les biens n'étant pas atteints d'inaliénabilité ⁽¹⁷⁾, l'action résolutoire n'étant ouverte qu'en cas d'inexécution de cette obligation et le débiteur ayant toujours la faculté de se libérer par un deuxième paiement.

Sous le régime dotal le défaut de remploi ou le remploi irrégulier entraînent en principe la nullité de l'aliénation (art. 1560 C. civ.).

Toutefois, l'aliénation étant possible si le remploi est effectué, il est aussi loisible à la femme de réclamer un second paiement, ou au débiteur de payer une seconde fois. Cette dernière question est cependant controversée ⁽¹⁸⁾.

Cependant — et surtout en matière de valeurs mobilières — il est maintes hypothèses où le problème

(17) Cass. Req. 18 février 1935, *Semaine Juridique*, 1935, p. 1070.

(18) Planiol et Ripert, t. IX, n° 1211 et références.

n'est pas aussi simple et où l'action révocatoire ou l'action en second paiement ne sont pas possibles. Notamment, dans la pratique courante, qui consiste à concentrer sur certaines personnes la charge de veiller au remploi, ou à créer une sorte de cascade d'obligés, les uns se libérant entre les mains des autres sans être tenus à autre chose qu'à veiller à la matérialité du remploi, ou à raison même des règles spéciales à la matière des valeurs mobilières, il est souvent pratiquement impossible d'exercer soit l'action révocatoire, soit l'action en second paiement, ou encore, que les sommes ayant reçu leur destination le remploi ne soit pas régulier cependant.

Dans ces hypothèses et dans le but d'assurer la reconstitution de la dot, en même temps que ces deux actions s'estompent, une action en responsabilité prend le premier plan. C'est par l'obtention de dommages-intérêts issus d'une responsabilité pour défaut de surveillance qu'en définitive le remploi se trouve garanti.

Cette action en responsabilité n'est du reste pas le succédané d'une action révocatoire ⁽¹⁹⁾ qui se trouverait paralysée, car elles peuvent coexister l'une et l'autre. En effet le défaut de remploi peut n'être pas dû seulement au défaut de surveillance de l'acquéreur ou du débiteur de deniers propres, mais aussi au défaut de surveillance des tiers et notamment des intermédiaires qui participent à l'opération : établissement débiteur, notaire, agent de change, banque dépositaire.

De plus il faut noter que dans ce cas l'action en responsabilité n'est pas qu'une action subsidiaire, mais que la femme peut agir à son gré contre les uns ou les autres à titre principal.

(19) Cass. Civ. 3 déc. 1888, D. 90-1-71.

Il nous semble que cette situation juridique peut se justifier par le fait que les uns et les autres sont les coauteurs d'une même faute : le défaut de surveillance du remploi. La jurisprudence admet d'ailleurs l'existence d'une responsabilité solidaire basée sur une communauté d'action dans la cause du préjudice. Cette solidarité est assez curieuse puisque la sanction n'est pas la même selon qu'on s'adresse à l'acquéreur ou à l'intermédiaire : le premier étant tenu de payer à nouveau ce qu'il a mal payé ou subissant l'annulation ou la résolution de son acquisition, le second étant tenu à des dommages-intérêts compensatoires du préjudice subi ⁽²⁰⁾.

B. — Avant d'examiner en particulier la responsabilité de ceux qui peuvent intervenir dans les opérations sur valeurs mobilières, il est donc nécessaire de préciser — comme nous l'indiquons ci-dessus — pourquoi l'action en nullité ou l'action résolutoire ne peuvent qu'être utilisées exceptionnellement quand il s'agit de titres au porteur ou de titres nominatifs, de sorte qu'en cette matière la garantie du remploi ne repose que sur les actions en responsabilité.

Titres nominatifs.

L'essence même du titre nominatif est d'être transmissible par la voie du transfert (art. 36 du Code de Commerce). Et ce transfert réalisé sur les registres de l'établissement émetteur a pour effet à lui seul d'investir le nouveau titulaire du droit de propriété sur le titre ⁽²¹⁾. On a pu dire que le transfert est le complément indispensable de la négociation puisque

(20) Req. 20 mars 1894, D. 95-1-45 ; Paris, 30 déc. 1903, D. 1905-2-107 ; Req. 6 nov. 1905, D. 1908-1-537.

(21) Julliot, Titres nominatifs, n° 167.

c'est lui qui saisit le titulaire de ses droits de propriété.

Quelles que soient les théories admises sur la nature de cette opération il est acquis en jurisprudence à l'heure actuelle que le transfert a pour caractère essentiel de faire une preuve complète et absolue du droit de propriété et de rendre les exceptions du vendeur inopposables au cessionnaire. Par le fait même de l'inscription nominative il acquiert directement à l'encontre de la société un droit de propriété absolue sur le titre acquis par lui.

Par conséquent on voit que les règles du transfert font échec à la règle générale formulée dans la maxime « *nemo plus transferre potest quam habet* ». Tant que le transfert n'est pas réalisé l'acquéreur n'est que le titulaire d'un droit dérivé contre l'établissement émetteur, alors qu'il devient par le transfert le titulaire d'un droit autonome contre cet établissement. Et on a pu dans une formule raccourcie mais vivante dire que le cessionnaire d'un titre nominatif bénéficiant d'un transfert n'est pas l'ayant-cause de son vendeur. L'acquéreur « *a non domino* » ou qui a acquis irrégulièrement d'un incapable conserve son droit de propriété.

Jusqu'en 1876 la jurisprudence avait admis que le transfert ne créait qu'une présomption de propriété qu'il était possible de combattre par la preuve contraire ⁽²²⁾.

Mais la Cour de Cassation ⁽²³⁾, suivie depuis par une jurisprudence constante, a abandonné cette restriction pour adopter la thèse que nous venons d'exposer.

(22) Amiens, 11 mai 1877, D. 78-2-218 ; Cass. 11 déc. 1873, S. 74-1-409 ; Aubry et Rau, 4^e éd., t. 7, § 659.

(23) Cass. 20 juin 1876, D. P. 77-1-378.

Les auteurs ont tenté d'expliquer ces conséquences par de nombreuses théories sur la nature du titre nominatif, se fondant : les unes sur l'idée de dépôt d'un titre au porteur, de novation, de délégation, de cession de créance, de stipulation pour autrui.

Un jugement du Tribunal de la Seine ⁽²⁴⁾, rendu sur des conclusions particulièrement intéressantes de M. le Substitut Chatry, semble indiquer les tendances de la jurisprudence, laquelle paraît admettre que ces conséquences du transfert sont dues à la négociabilité des titres nominatifs qui est leur essence même.

En créant des titres nominatifs l'établissement s'engage, dit le jugement, à considérer comme propriétaire celui qui lui présentera un certificat établi à son nom en conformité de la mention portée sur les registres sociaux, et à raison de ce caractère le titulaire bénéficiant de ce droit propre et direct est fondé à conserver par devers lui le titre nominatif quelles que soient les conditions de son acquisition. Les titres nominatifs ne se revendiquent pas.

Par conséquent lorsque des titres nominatifs appartenant à une femme mariée dont le contrat contient une clause de remploi, se trouvent transférés sans que le remploi soit régulièrement effectué, par le jeu des règles spéciales au droit financier la femme se trouve privée de l'exercice de l'action en nullité ou en résolution.

Cependant la jurisprudence ⁽²⁵⁾ semble implicitement faire à cette règle une exception. Elle admet que si l'acquéreur était de mauvaise foi il serait possible de faire annuler le transfert. Dans l'hypothèse d'un remploi irrégulier ou inexistant la mauvaise foi

(24) Trib. Seine, 27 juin 1923, *Gaz. Pal.*, 1923-2-289.

(25) Trib. Seine précité ; Julliot, *op. cit.* ; Levens, Responsabilité en matière de valeurs mobilières dotales. Thèse Paris, 1916.

consisterait dans la connaissance que les titres étaient grevés de cette obligation. Mais à moins d'une fraude concertée il semble difficile que les tiers connaissent la clause de remploi car le transfert est régularisé sans intervention du cessionnaire même en cas de marché direct.

Toutefois cette tendance de la jurisprudence nous semble peu logique. En effet si l'on admet que le titulaire de l'inscription nominative est bénéficiaire d'un droit autonome et direct à l'encontre de l'établissement émetteur et non d'un droit dérivé des droits du précédent titulaire, on ne voit pas comment ce précédent titulaire pourrait obtenir l'annulation du transfert et un nouveau transfert à son profit.

La bonne ou la mauvaise foi du nouveau titulaire de l'inscription n'a pas pour conséquence de modifier les liens directs qui existent entre l'établissement et lui.

Selon nous, même dans l'hypothèse de la mauvaise foi du nouveau titulaire, l'annulation du transfert serait impossible ⁽²⁶⁾.

Titres au porteur.

Nous avons déjà relevé les dangers présentés par les valeurs au porteur pour les femmes mariées bénéficiaires d'une clause de remploi.

Le caractère anonyme de ces valeurs, la présomption de propriété de l'article 2279 qui joue en faveur de leur détenteur, ne permettent pas non plus l'exercice d'une action en nullité pour défaut de remploi de leur prix. Cette action ne serait possible que contre le possesseur de mauvaise foi qui aurait connu

(26) Note Labbé, S. 74-1-409, s. Req. 11 déc. 1873.

l'origine des titres et l'existence de la clause de remploi.

L'action en nullité ou en résolution se trouvant stérilisée par les règles spéciales au régime des valeurs mobilières, la femme n'a donc pour garantie que des actions en responsabilité que nous nous proposons d'examiner.

QUATRIEME PARTIE

Les responsabilités

CHAPITRE VIII

SECTION I

L'ACQUEREUR DE VALEURS MOBILIERES

§ 1. — TITRES NOMINATIFS

Le problème suppose qu'une femme mariée est propriétaire de titres nominatifs immatriculés à son nom et qu'elle veut aliéner ces titres. Le prix en devra être remployé. Quelle peut être la responsabilité de l'acquéreur de ces titres nominatifs, débiteur de leur prix ?

Deux méthodes d'aliénation sont possibles : la femme peut traiter par négociation en bourse ou au contraire par voie de marché direct.

A. — *S'agit-il d'un marché en bourse ?*

Nous savons que lorsqu'il s'agit de titres convertibles au porteur les agents de change ne se livrent entre eux que des titres au porteur. De telle sorte que, préalablement à la négociation, l'agent de change fait procéder à la conversion des titres nominatifs en titres au porteur.

L'acquéreur, dans cette hypothèse, n'est qu'un acquéreur de titres au porteur et nous examinerons plus loin la situation juridique de ce dernier.

Si, au contraire, les titres nominatifs sont des titres de rente ou des titres inconvertibles au porteur :

pour la sauvegarde du secret professionnel de l'agent de change, les modes de transmission de ces valeurs ont pour effet d'effacer la personnalité et la capacité du vendeur derrière la personnalité de l'agent de change qui est un commissionnaire ducroire. En effet pour ces titres essentiellement nominatifs le vendeur doit remettre les certificats à son agent de change ainsi qu'une demande de transfert dûment signée. Le nom du bénéficiaire peut être laissé en blanc, l'agent de change remplissant ensuite la demande après la négociation lorsqu'il connaîtra son acquéreur, mais d'une façon plus pratique on procède par voie de transfert d'ordre au profit de l'agent vendeur.

Que l'une ou l'autre solution soit employée : l'agent vendeur doit obligatoirement faire procéder à un transfert d'ordre au nom de l'agent acheteur et ce n'est qu'ensuite que l'agent acheteur fera procéder au transfert définitif au profit de son client. L'agent vendeur ne peut se dispenser de ce transfert d'ordre que s'il poursuit lui-même l'acquisition, auquel cas il lui suffit de remettre à l'établissement débiteur la demande de transfert portant le nom du véritable acquéreur.

Mais en tout état de cause à aucun moment l'acquéreur ne peut connaître l'identité et la capacité de son vendeur. Seuls l'agent de change vendeur et l'établissement débiteur en ont connaissance et par conséquent on ne saurait mettre à la charge de l'acquéreur aucune obligation de surveillance ni aucune responsabilité. Bien entendu, comme nous l'avons démontré, son droit de propriété acquis sur le titre nominatif ne saurait être atteint non plus en cas de défaut de remploi sous le prétexte que le remploi étant la condition de l'aliénation, celle-ci ne serait pas valable et serait au contraire radicalement viciée dans son principe. Nous avons montré plus haut que

le régime des titres nominatifs s'opposait à un tel raisonnement puisque le transfert purge les exceptions et rend le cessionnaire titulaire d'un droit personnel et direct contre l'établissement débiteur.

B. — *S'agit-il au contraire d'un marché direct ?*

Il est évident que les deux parties : vendeur et acheteur sont en présence l'un de l'autre. Il est donc possible dans cette hypothèse que l'acheteur connaisse la situation du vendeur au moins par l'immatriculation du titre cédé. Lorsqu'il s'aperçoit que le propriétaire du titre est une femme mariée, l'acheteur a alors le devoir de s'assurer de la capacité de celle-ci par la communication de son contrat de mariage. L'immatricule lui-même mentionne du reste la plupart du temps la charge de remploi qui grève le titre.

Dans ces hypothèses l'acquéreur qui bénéficierait d'un transfert sans que le remploi ait été assuré, ne serait plus de bonne foi, il aurait au moins commis une lourde imprudence et sa responsabilité serait engagée car il devait surveiller l'exécution du remploi.

De plus, si l'on admet la possibilité de faire annuler un transfert la femme pourrait également demander la résolution ou la nullité de son aliénation.

Toutefois nous estimons pour notre part que cette responsabilité et cette nullité ne sont pas toujours encourues par les acquéreurs pour le seul motif qu'ils ont acquis par marché direct.

Il faut en effet tenir compte que le transfert est une opération qui s'accomplit sans l'intervention du cessionnaire dont l'acceptation ne peut être exigée par l'établissement. De sorte qu'on peut concevoir qu'un mari se présente comme propriétaire d'un

titre nominatif d'une société et s'entende sur les conditions de la vente de ce titre pris « in genere » et qu'il réalise lui-même le transfert soit en faisant signer sa femme, soit en signant faussement pour elle. Les signatures sont légalisées et le mari envoie à l'établissement débiteur la demande de transfert accompagnée des certificats nominatifs. Sans autre précaution, et sous sa responsabilité, l'établissement procède au transfert et l'acquéreur se trouve ainsi propriétaire de ce titre nominatif sans avoir jamais su qu'il appartenait à une femme mariée et qu'il était grevé de la charge de remploi.

Va-t-on dire, dans cette hypothèse, que l'acquéreur est responsable du défaut de remploi comme ayant acquis en dehors de la bourse et connaissant son vendeur ?

Ne pourrait-on soutenir que par le jeu du transfert, auquel l'acquéreur ne participe pas, il était impossible à celui-ci de vérifier la feuille de transfert et par conséquent la propriété du titre et la signature du cédant ?

Cette situation ne peut en effet être assimilée à celle de l'acquéreur d'immeubles qui, lui, participe à la réalisation de la vente et se trouve en mesure de connaître l'origine de propriété et la signature des vendeurs. En matière de valeurs nominatives, le transfert se fait au contraire sans intervention de l'acquéreur. Dans ces conditions la responsabilité de ce transfert peut-elle être mise à sa charge ?

Nous estimons pour notre part — et nous l'avons déjà dit — que la responsabilité de l'acquéreur n'est point tant basée sur l'obligation de vérifier le transfert (qui en l'espèce s'est opéré en dehors de lui et sans que son acceptation soit exigée) que sur l'obligation de payer son prix valablement entre les mains du propriétaire.

Or, dans cette hypothèse, si le transfert a lieu en dehors de l'acquéreur le paiement a lieu de l'acquéreur au vendeur. La faute de l'acquéreur serait, dans cette hypothèse, de ne pas s'être assuré qu'il payait valablement entre les mains du précédent titulaire du titre à lui cédé ou au moins entre les mains de celui qui avait capacité pour recevoir le paiement.

Il s'agirait alors d'une faute commise par l'acquéreur qui, pour savoir s'il payait valablement, devait s'assurer de l'identité du titulaire du titre, et se serait ainsi aperçu de l'obligation de remploi dont il avait charge de surveiller l'exécution. La responsabilité pour défaut de remploi pèserait donc bien sur l'acquéreur direct de titres nominatifs. Toutefois cette imprudence ne peut être assimilée à la mauvaise foi qui résulterait de la connaissance préalable de la clause de remploi.

Or, sous les réserves que nous avons faites personnellement, la jurisprudence et la doctrine semblent bien n'admettre la possibilité d'agir en nullité d'un transfert qu'en cas de mauvaise foi de l'acquéreur. En l'absence de cette mauvaise foi et en présence d'une seule imprudence, la question se pose de savoir si les Tribunaux admettraient la recevabilité d'une action en nullité. On peut se demander si les tribunaux ne sanctionneraient pas seulement cette imprudence par une condamnation à des dommages-intérêts.

§ 2. — VALEURS AU PORTEUR

Nous avons déjà esquissé plus haut (chapitre III) la situation juridique des titres au porteur soumis au remploi.

Intrinsèquement rien ne révèle leur caractère. Leur

possesseur en est considéré légitime propriétaire en vertu de l'article 2279 du Code civil et nous avons déjà montré qu'il était impossible de modifier intrinsèquement l'aliénabilité du titre par une mention quelconque. La propriété en est transmissible par la seule tradition réelle.

Lors donc que semblables titres appartenant à une femme sont aliénés, rien ne peut révéler aux tiers l'obligation de emploi qui les atteint.

S'il s'agit d'une négociation en bourse il n'existe aucune identification possible du propriétaire précédent, l'établissement débiteur n'a pas à intervenir, les acquisitions se font sur des quantités et non sur certains titres déterminés, le vendeur disparaît derrière l'écran formé par la personnalité de l'agent de change tenu au secret professionnel. L'acquéreur, devenu légitime porteur du titre, se trouve donc lui aussi protégé par l'article 2279. Pour se défendre contre une réclamation quelconque, il n'a qu'à s'appuyer sur sa possession pour établir sa propriété incommutable.

Il en est de même dans l'hypothèse de marché direct. En effet il est possible qu'un mari cède des titres au porteur appartenant à sa femme sans que la propriété de celle-ci soit révélée. L'acquéreur n'a aucune justification à demander puisque le droit du mari est présumé par le fait de sa possession. Dans ce cas encore l'acquéreur est un acquéreur de bonne foi protégé par l'article 2279.

Dans l'ignorance du véritable propriétaire du titre et de la condition de emploi aucune responsabilité ne peut être dans ces deux hypothèses mises à sa charge. Cependant si au lieu de traiter avec le mari propriétaire apparent, l'acquéreur traitait en sachant que ces titres appartiennent à une femme mariée, cette bonne foi disparaîtrait et en même temps le

bénéfice de l'article 2279. Sa responsabilité serait cette fois engagée, car il lui appartenait de vérifier la capacité d'aliéner de sa venderesse et de surveiller l'exécution du remploi comme à tout débiteur de deniers (1).

La résolution ou la nullité de l'aliénation seraient même possibles dans ces hypothèses car en matière de titres au porteur il n'existe pas — comme en matière de valeurs nominatives — de difficultés sur le point de savoir si l'acquéreur est l'ayant-cause de son vendeur.

Toutefois il est évident qu'une nouvelle aliénation consentie à un sous-acquéreur de bonne foi couvrirait toute action en nullité, seule l'action en responsabilité subsistant dans ce cas contre l'acquéreur direct.

Le problème peut aussi se poser lorsque les titres au porteur ont fait l'objet d'un dépôt chez un tiers : banque, caisse des dépôts, séquestre, contre la délivrance d'un récépissé immatriculé au nom de la femme et mentionnant l'existence d'une clause de remploi.

Il se peut que le dépositaire commette l'imprudence de se dessaisir des valeurs au porteur entre les mains d'un acquéreur sans s'assurer du remploi. Dans ce cas la question se posera également de savoir si cet acquéreur a eu connaissance que les titres appartenaient à une femme. Ce n'est que dans ce cas que sa responsabilité pourrait être engagée. En toute autre circonstance il bénéficiera de l'article 2279 et ne pourra être inquiété puisqu'il aura acquis d'un porteur qui est de ce fait présumé légitime propriétaire. Seule subsistera la responsabilité du dépositaire.

(1) Voir p. ag. de change. Cass. 9 mai 1923 S. 1923-1-367.

SECTION II

LES ETABLISSEMENTS DEBITEURS

La responsabilité des établissements débiteurs peut être engagée à l'occasion des opérations sur les titres nominatifs où leur intervention est nécessaire pour réaliser soit les transferts, soit les mutations, soit les conversions au porteur, soit les remboursements.

Au contraire, en ce qui concerne les titres au porteur, les négociations se pratiquant sans leur intervention, leur responsabilité ne peut être en cause. Il ne pourrait en être autrement que si les titres au porteur avaient été déposés dans leur caisse, le récépissé étant alors l'équivalent d'un titre nominatif (2).

§ 1. — FONDEMENT DE LA RESPONSABILITÉ DE L'ÉTABLISSEMENT DÉBITEUR

A l'égard de l'obligataire l'établissement émetteur est un débiteur de deniers pur et simple. L'obligataire est titulaire d'un droit de créance contre lui.

En ce qui concerne l'actionnaire on peut se demander quels sont ses rapports avec la société. La société peut-elle être considérée comme une débitrice ?

La distinction classique entre l'actionnaire et l'obligataire réside en effet en ce que l'un est un associé tandis que l'autre est un créancier, l'actif social auquel participe l'associé constituant précisément le gage de l'obligataire. Toutefois s'il en est ainsi dans les relations de la société et de ses membres avec les tiers, il n'en est pas moins vrai que le droit de l'ac-

(2) Trib. Seine, 1^{er} juillet 1911, *Le Droit*, 16 nov. 1911 ; Bezard-Falgas, *op. cit.*, n° 438.

tionnaire sur l'actif social n'est pas un droit de propriété. C'est la société qui est propriétaire de l'actif social tandis que l'actionnaire est en réalité créancier de son apport avec en outre une vocation générale aux bénéfices. Tel est le droit représenté par l'action. Dès lors si l'on admet cette analyse l'établissement émetteur apparaît en réalité comme un véritable débiteur de l'actionnaire.

Par conséquent lorsque les établissements procèdent à un transfert il est impossible de prétendre qu'ils ne jouent qu'un rôle purement passif en inscrivant seulement sur leurs registres les transferts requis. En effet en opérant le transfert les établissements se libèrent à l'égard du vendeur, l'obligation de rembourser l'apport disparaît pour renaître au profit du titulaire de la nouvelle inscription. Ainsi l'établissement débiteur se trouve assimilé à l'égard de l'actionnaire, à un véritable débiteur de deniers dotaux et se trouve à ce titre tenu des obligations auxquelles ceux-ci sont assujettis.

Cette thèse fut adoptée depuis déjà longtemps par la Cour de Cassation ⁽³⁾ et d'une façon constante la jurisprudence décide que les établissements émetteurs sont responsables du défaut de remploi en matière de transferts de titres nominatifs ⁽⁴⁾. Elle pose en principe que les transferts sont placés sous le contrôle des établissements débiteurs qui doivent vérifier la capacité civile de celui qui opère la transmission.

(3) Req. 1^{er} février 1859, D. P. 59-1-266 et l'arrêt attaqué.

(4) Cass. Req. 18 juillet 1898, S. 99-1-73 ; Paris, 30 déc. 1903, Pand. per. 1904-2-278, D. 1905-2-107 ; Toulouse, 8 février 1904, D. 1906-2-299 ; Cass. Civ. 28 janvier 1907, D. P. 1910-1-97, D. 1912-1-22 sol. implic. ; Cass. 20 nov. 1895, *Droit Financier*, 95-420 ; Trib. Seine 13 mars 1917, *Dr. Fin.* 1917-86 ; Planjol et Ripert, t. VIII, n° 648-649 ; note Wahl sous Paris, 21 février 1896, S. et P. 98-2-289 ; Note Esmein, S. 1923-1-362, col. 1.

La jurisprudence et la doctrine précisent d'ailleurs assez peu les conditions d'exercice de cette obligation. Doit-on, par exemple, rattacher cette obligation à celle de se libérer entre les mains d'une personne capable (art. 1241) ? Si l'on s'en borne là il faut admettre que par application de la jurisprudence qui appliqua ce texte, le débiteur se trouve de plein droit responsable du mauvais paiement sur la seule preuve que le remploi n'a pas été effectué. Inutile qu'il ait commis une faute pour que sa responsabilité soit engagée.

Or on constate au contraire que les Tribunaux ont soin de préciser l'existence d'une faute pour condamner les établissements, et qu'ils motivent les exonérations de responsabilité par la constatation qu'aucune faute n'a été commise ⁽⁵⁾. Quelle peut donc être cette faute ?

Les griefs qui sont généralement retenus relèvent le plus souvent de l'imprudence, ce qui nous rapproche de la faute aquilienne de l'article 1382. Bien souvent ce texte est invoqué à l'occasion de la responsabilité des établissements ou des agents de change. Mais l'article 1382 suppose évidemment l'existence d'une obligation préexistante. Pour que la responsabilité délictuelle soit en jeu, il faut qu'il y ait violation d'un droit.

Quel peut être ce droit ? De plus peut-il être question de faute délictuelle quand cette faute est commise à l'occasion d'un paiement, ce qui suppose des relations contractuelles. Pour ces motifs, nous ne pensons pas pour notre part qu'il faille s'appuyer sur l'article 1382.

(5) Req. 1^{er} février 59, D. 59-1-266 ; Req. 18 juillet 1898, D. 99-1-533 ; Paris, 21 février 96, S. 98-2-289, note Wahl ; Paris, 30 déc. 1903, D. 1905-2-107.

Mais le problème doit être envisagé sous un aspect plus analytique.

Comme tout débiteur de deniers (auquel nous les avons assimilés) les établissements ne peuvent se libérer valablement à l'égard du titulaire de l'inscription nominative qu'en se soumettant aux règles restrictives de sa capacité (art. 1241). Si le contrat de mariage contient une clause de remploi il faut, pour que l'ordre de transfert soit valablement donné et que l'établissement l'exécutant se libère à l'égard du donneur d'ordre, que le remploi soit réalisé.

Mais l'obligation qui pèse sur l'établissement comme condition de la validité du paiement, n'est pas de procéder directement au remploi, ce qui serait pratiquement impossible puisque l'établissement ne verse aucune somme et que le prix n'est payé que par l'acquéreur. Cette obligation est une obligation de surveillance du remploi. Il faut en déduire que c'est seulement au cas de *faute* dans la surveillance que la responsabilité de l'établissement serait engagée et cette faute présente évidemment des caractères singulièrement analogues à ceux de la faute de l'article 1382. C'est dans ce sens qu'il faut — selon nous — admettre l'esprit de la jurisprudence.

L'obligation de surveillance à la charge des établissements débiteurs est d'ailleurs le plus souvent précisée par le contrat de mariage qui fixe exactement les conditions dans lesquelles ces établissements sont libérés. Mais si le contrat est muet l'établissement est tenu comme tout débiteur à surveiller la matérialité, l'utilité et la validité du remploi.

Nous allons examiner comment cette surveillance peut être exercée par les établissements débiteurs et quelles sont ses limites.

§ 2.

A. — *Transferts.*

En principe l'établissement débiteur, à qui parvient une demande de transfert, doit s'assurer de l'identité du signataire et de sa capacité.

Il faut d'ailleurs noter que lorsque la société a émis pour plus de 10.000.000 de francs de titres, cette obligation ne repose plus sur l'établissement émetteur lui-même, mais sur un établissement de banque spécialement désigné à cet effet par la société émettrice et dont la responsabilité — en ce qui concerne l'identité — se trouve substituée à sa propre responsabilité. L'établissement émetteur ne reste responsable que de la solvabilité de l'établissement désigné (art. 7 du décret du 25 octobre 1934).

En présence d'un régime dotal la question peut se poser de savoir si la signature du mari suffirait puisqu'il est administrateur des biens dotaux et peut aliéner la dot mobilière. Nous avons fait toutes réserves sur le maintien de ce pouvoir au cas d'existence d'une clause de remploi, mais en tous cas — pratiquement — les établissements débiteurs se refusent à procéder au transfert sans la signature de la femme (6).

Sous le régime de communauté d'acquêts, l'inscription nominative faisant foi de la propriété, c'est la femme seule qui, assistée de son mari, a qualité pour signer la demande de transfert. Ainsi les établissements considèrent le titre comme propre lorsqu'il est immatriculé au nom de la femme et il est certain que si le mari prétendait que ce titre est en réalité un acquêt, l'établissement se ferait couvrir par une décision de justice.

(6) Compagnie P.-L.-M., par exemple.

L'identité de la signature se trouve suffisamment établie par la présentation d'une carte d'identité régulière, si la signature est apposée au guichet de l'établissement ; dans toute autre hypothèse l'établissement aurait le droit d'exiger la certification des signatures. Cette certification peut émaner soit d'un agent de change, soit d'un notaire, ou même du Maire de la résidence avec apposition du cachet ou du sceau (ce sont les certifications exigées par les grands réseaux de chemin de fer).

Une fois établie l'identité de la femme, l'établissement, averti le plus souvent du reste par l'immatricule, exigera la communication du contrat de mariage afin de savoir s'il existe une clause de emploi. Une telle clause existant l'établissement sera tenu de surveiller l'exécution du emploi. Cette surveillance sera pratiquement exercée par le refus de l'établissement de procéder au transfert sans justification préalable du emploi.

Nous avons déjà montré les grands inconvénients qui découlent de cette situation. Il est en effet dans ce cas nécessaire de procéder à un emploi par anticipation avec d'autres fonds que ceux produits par la vente des valeurs dont le transfert est demandé, car l'acquéreur ne paiera pas tant que le transfert ne sera pas accompli et l'établissement ne procédera à ce transfert qu'après emploi. En pratique cependant lorsque le transfert est requis par un agent de change les établissements lui font confiance et procèdent au transfert à charge par lui de justifier du emploi ultérieurement.

L'obligation de l'établissement débiteur ne peut se trouver remplie qu'une fois cette justification à lui fournie de la façon précédemment indiquée.

B. — *Conversion au porteur.*

En règle générale les établissements débiteurs assimilent complètement la conversion au porteur au transfert, car, soutiennent-ils, la conversion au porteur est un moyen de faciliter l'aliénation sans emploi.

La jurisprudence consacre d'ailleurs cette théorie et ne fait aucune distinction dans l'examen des responsabilités selon qu'il s'agit d'un transfert ou d'une conversion (7).

Pour notre part nous avons déjà émis notre opinion sur cette thèse selon nous critiquable en pure théorie. Toutefois étant pratiquement admise, notons seulement que les établissements ne procèdent à la conversion au porteur qu'après vérification de l'identité et de la capacité du titulaire de l'inscription et sur justification d'un emploi préalable.

C. — *Remboursement.*

Il en est de même en matière de remboursement.

L'établissement devient alors un véritable débiteur de deniers soumis à l'entière responsabilité qui lui est propre et tenu de veiller à la matérialité, à l'utilité et à la suffisance du emploi.

D. — *Difficultés causées par ce contrôle.*

En ce qui concerne les époux, on conçoit que ces procédés rigoureux mais nécessaires à la décharge des établissements sont l'origine de nombreuses difficultés tant à cause de la surveillance à laquelle les époux sont assujettis qu'à cause du financement de ces emplois par anticipation.

(7) Voir nombreux arrêts précités qui ne distinguent pas entre le transfert et la conversion au porteur.

D'autre part, en ce qui concerne les établissements, on conçoit également que la surveillance du remploi nécessite une organisation contentieuse extrêmement complexe et peut être la source de maintes responsabilités.

Aussi, partant de deux bases différentes, les époux, d'une part, les établissements débiteurs, d'autre part, ont cherché le moyen de réduire l'étendue de cette obligation de surveillance. A cette fin les époux ont usé de la liberté des conventions matrimoniales ⁽⁸⁾ pour limiter l'obligation des établissements, tandis que les établissements débiteurs stipulaient dans leurs statuts les limites de leur responsabilité ou même leur exonération totale.

§ 3. — LIMITATION DE LA RESPONSABILITÉ PAR LES ÉPOUX

A. — A défaut de stipulation spéciale concernant les établissements débiteurs, ceux-ci bénéficient en premier lieu des exonérations générales stipulées au profit des tiers. Mais le plus souvent, plusieurs variétés de clauses sont utilisées concernant spécialement les obligations de ces établissements.

Il est d'abord possible de stipuler que l'établissement débiteur ne sera tenu de surveiller que la matérialité du remploi. C'est la clause déjà rencontrée quand nous avons étudié les limitations de responsabilité des tiers en général.

Cette clause à elle seule nous semble insuffisante pour éviter les complications occasionnées par le contrôle des établissements débiteurs car pratiquement il n'est pas sensiblement plus difficile de justifier de la matérialité que de la validité et de l'utilité.

(8) Toulouse, 8 février 1904, précité.

Cette clause ne favorise en somme que les établissements débiteurs mais non les époux qui cependant n'ont à stipuler des limitations de responsabilité que dans leur intérêt afin d'assouplir les modes de négociation et les difficultés de justification.

B. — Une autre variété de clauses consiste à exonérer l'établissement débiteur de toute surveillance du remploi.

La clause stipule généralement que : « Les établissements quelconques n'auront pas à s'immiscer dans les remplois auxquels ils sont complètement étrangers. Ils ne seront soumis à aucune responsabilité même en cas d'inexécution du remploi et ils n'auront par suite aucune justification à demander. »

Cette clause fait partie d'un ensemble de dispositions qui avaient été jadis proposées par la Chambre des notaires de Paris comme clause type et qui donna lieu à des interprétations contradictoires de deux Cours d'appel : la Cour de Toulouse et la Cour de Paris (9).

Les deux litiges se présentaient dans des conditions analogues et furent soumis à la Cour de Cassation (10) qui rejeta les deux pourvois sous le prétexte qu'il ne s'agissait que d'interpréter une convention, ce qui échappe à son contrôle.

La question restant donc entière il nous semble utile de l'examiner encore maintenant car si, afin d'éviter la controverse, la Chambre des notaires n'utilise plus cette clause, il n'en est pas moins vrai qu'elle peut encore se poser pour les contrats de mariage antérieurs à cette désuétude.

Voici d'abord l'ensemble de la clause :

(9) Toulouse, 8 février 1904, précité ; Paris, 30 déc. 1903, précité.

(10) Cass. Civ. 28 janvier 1907, précité.

« 1° Les acquéreurs ou débiteurs ne seront tenus
« que de la matérialité des remplois.

« 2° En cas de remploi en achats d'actions ou
« d'obligations, la remise des deniers dotaux entre
« les mains de l'agent de change chargé de l'achat
« vaudra décharge pour les débiteurs ou détenteurs
« de ces deniers. Il en sera de même de la remise
« desdits deniers entre les mains du notaire chargé
« du placement s'il s'agit de remplois en immeubles
« ou en créances privilégiées ou hypothécaires. Dans
« tous les cas l'obligation du remploi ne pèsera plus
« que sur l'agent de change ou le notaire suivant les
« circonstances.

« 3° En cas de vente des mêmes valeurs la remise
« des titres entre les mains de l'agent de change
« chargé de la vente libérera valablement les dépo-
« sitaires ou débiteurs de ces titres dont le prix sera
« employé conformément aux dispositions qui pré-
« cèdent par les soins de l'agent de change. L'agent
« et le notaire ne seront tenus que de la matérialité
« du remploi, ils ne seront pas responsables de son
« utilité.

« 4° Les sociétés ou établissements n'auront point
« à s'immiscer dans ces emplois auxquels ils seront
« complètement étrangers ; ils ne seront soumis à
« aucune responsabilité même en cas d'inexécution
« et n'auront par suite aucune justification à de-
« mander. »

De nombreuses questions se sont posées à l'oc-
casion de l'interprétation de cette clause.

Voici comment se présentait le litige :

La Ville de Paris avait procédé à la conversion au
porteur de titres nominatifs immatriculés au nom de
femmes mariées et mentionnant l'obligation de rem-
ploi.

Dans l'affaire soumise à la Cour de Paris, la Ville

de Paris s'était dessaisie des titres au porteur entre les mains d'un notaire et il était constant que le remploi n'avait pas eu lieu.

Dans celle soumise à la Cour de Toulouse les titres avaient été remis à l'agent de change qui les avait dilapidés; mais il faut noter cette précision que dans cette espèce le contrat de mariage, à l'inverse de l'espèce soumise à la Cour de Paris, ne contenait pas le paragraphe trois de la clause type, c'est-à-dire qu'il n'était pas stipulé qu'en cas de vente des titres la remise devait avoir lieu entre les mains de l'agent de change, cette remise équivalant à une décharge.

Une première question importante se posait :

Le paragraphe 4 de la clause qui stipule que les établissements ne seront soumis à aucune responsabilité, devant rester totalement étrangers au remploi, crée-t-il une irresponsabilité absolue de l'établissement débiteur, libre de remettre les titres convertis au porteur ou le montant des remboursements à quiconque sera désigné par les époux ?

Au contraire cette stipulation ne doit-elle pas être considérée comme affranchissant seulement les établissements de la surveillance de la matérialité du remploi et les obligeant, malgré tout, à respecter les prescriptions du paragraphe deuxième et troisième de la clause (remise entre les mains du notaire ou de l'agent de change) qui auraient une portée générale, le paragraphe quatrième n'étant qu'un élément de détail relatif aux établissements mais qui ne jouerait que sous la dépendance et l'étroite observation de l'obligation de remettre les sommes ou les titres aux personnes qualifiées : agent de change ou notaire.

La Cour de Toulouse s'est prononcée dans le premier sens et M. le Procureur Général Beaudoin également, dans les conclusions devant la Cour de Cas-

sation ⁽¹¹⁾. La Cour de Paris s'est prononcée en sens contraire.

A l'appui de leur thèse, la Cour de Toulouse, M. le Procureur Général Beaudoin et de nombreux commentateurs, soutiennent que ce paragraphe quatrième de la clause se suffit à lui-même et ne doit pas être rattaché aux paragraphes précédents. Cette stipulation a pour but, dit-on, de créer une situation spéciale et privilégiée aux établissements débiteurs, en les affranchissant de toute obligation.

Que si l'on allègue que c'est en réalité vider de son contenu l'obligation de emploi, on répond que c'est là la conséquence de la liberté des conventions matrimoniales, les époux n'ayant qu'à s'en prendre à eux-mêmes d'une stipulation imprudente mais formelle. Du reste, ajoute-t-on, quelle serait l'utilité de cette clause spéciale aux établissements si on doit malgré tout les assujettir aux mêmes obligations que celles imposées aux tiers débiteurs en général qui se trouvent précisément libérés seulement par la remise aux mains d'un agent de change ou d'un notaire selon les cas. La clause serait inutile dans une telle interprétation. Or il faut interpréter les conventions dans le sens où elles peuvent recevoir effet plutôt que dans le sens où elles n'en auraient point.

La Cour de Paris, au contraire, a estimé que les établissements n'étaient pas exonérés de toute obligation.

Selon cette Cour la clause de décharge, même en cas d'inexécution du emploi, ne doit pas être isolée de l'ensemble de la clause, elle la complète et l'explicite, elle est en somme une précision supplémentaire. Sa seule portée est que les établissements sont affranchis de toute surveillance du emploi, même de

(11) Conclusions sous Cass. Civ., précité, P. 1907-1-55.

sa matérialité, mais à la condition de se libérer entre les mains des personnes qualifiées : notaire ou agent de change.

L'argument principal de la Cour de Paris est qu'une interprétation dans le sens de l'irresponsabilité reviendrait à prétendre que les époux ont voulu garantir l'intégrité de la dot par le remploi en organisant aussitôt le moyen de s'y soustraire, ce qui serait subversif des principes essentiels du régime dotal ou du remploi. Il est évident que cet argument n'est pas sans valeur car, en fait, la clause de remploi n'aurait pour ainsi dire pas lieu de s'appliquer en matière de valeurs mobilières.

La Cour de Cassation chargée d'arbitrer les deux thèses s'y est refusée sous le prétexte qu'il s'agissait de l'interprétation souveraine des contrats. Le rôle unificateur de cette juridiction ne s'est donc pas exercé et si des époux ont inséré cette clause dans leur contrat il est encore impossible de savoir dans quel sens se déciderait le Tribunal ou la Cour amenés à statuer.

Nous estimons, pour notre part, que si le principe de l'interprétation souveraine des contrats par le Juge du fait ne peut être contesté et a toujours été affirmé par la Cour de Cassation, en ce qui concerne les clauses de remploi, la Cour, juridiction suprême, aurait pu cependant faire cesser l'équivoque.

En effet la Cour de Cassation se reconnaît le droit de statuer si le juge du fait a dénaturé la convention interprétée. Or, en présence de deux interprétations nettement contradictoires sur une même clause, il faut bien admettre que l'une des deux Cours l'a dénaturée.

Quoi qu'il en soit, c'est dans les conclusions du Procureur Général Beaudoin qu'il faut trouver la

pensée de la Cour de Cassation et c'est la thèse de la Cour de Toulouse qui semble devoir y triompher.

Nous nous demandons pour notre part si cette divergence d'appréciation ne vient pas de ce que les deux Cours seraient parties d'un point de départ différent. En effet si l'on examine l'ensemble de la clause on s'aperçoit qu'elle commence par poser en principe que les acquéreurs ou débiteurs ne seraient tenus que de la matérialité du emploi. Ensuite elle indique à ces débiteurs la manière de se libérer entre les mains d'un agent de change ou d'un notaire chargés d'effectuer le emploi, cette remise valant décharge.

Mais, faut-il admettre que cette seconde partie de la clause se détache de la première qui pose le principe de la surveillance de la matérialité du emploi, et que par le seul fait de la remise des deniers au notaire ou à l'agent de change le débiteur des deniers ne serait même plus tenu de la matérialité du emploi ?

Nous ne le pensons pas, car dans quels cas la surveillance de la matérialité du emploi aurait-elle à s'exercer si elle ne s'exerce pas quand les fonds sont destinés à l'acquisition d'immeubles qui doit, aux termes du contrat, être réalisée par notaire ou, quand ils sont destinés à l'achat de valeurs mobilières qui doit être réalisé par l'intermédiaire d'un agent de change.

Il faut donc admettre, selon nous — et ce doit être la pensée de la Cour de Paris — que si le débiteur de deniers est déchargé de sa dette et de la surveillance totale du emploi par ces Officiers Ministériels chargés eux-mêmes d'effectuer le emploi, il est néanmoins tenu de s'en faire justifier la matérialité.

Et dès lors on comprend parfaitement la situation privilégiée faite aux établissements débiteurs qui ne

sont soumis à aucune responsabilité même, pense-t-on, en cas *d'inexécution du remploi*. Cette stipulation s'oppose à la précédente : d'une part, les débiteurs sont encore tenus de la matérialité du remploi, d'autre part, les établissements n'en sont plus tenus. Mais ils sont alors tenus de se conformer au mode général de libération des tiers, c'est-à-dire à se libérer par la remise entre les mains de l'agent de change ou du notaire.

Dans cette thèse l'argument essentiel de M. le Procureur Général Beaudoin disparaît car l'établissement n'a plus une situation identique à celle de tous les débiteurs de deniers et l'on ne peut dire que la clause déchargeant les établissements ne constitue qu'une répétition inutile.

Toute la question serait donc de savoir si, comme nous le pensons, le débiteur de deniers est encore tenu de se faire justifier la matérialité du remploi même en cas de décharge par agent de change ou notaire. La pensée implicite de la Cour de Toulouse semble être négative.

Qui a qualité pour donner décharge à l'établissement aux termes de cette clause ?

Admettant par hypothèse la théorie de la Cour de Paris, c'est-à-dire l'obligation pour l'établissement de se libérer entre les mains des Officiers Ministériels, qui aurait qualité pour donner décharge à la Ville de Paris (ou à tous autres établissements) des titres convertis au porteur ?

Dans l'espèce soumise à la Cour de Paris les titres avaient été remis à un notaire qui les avait dilapidés. La Cour de Paris décida que, s'agissant de valeurs mobilières, la décharge ne pouvait être donnée que par un agent de change conformément au paragraphe trois de la clause, la possibilité de décharge par agent de change ou notaire ne s'appliquant

qu'en cas d'existence de deniers (paragraphe deux). En conséquence l'établissement était jugé responsable comme ayant mal payé.

Cette thèse fut battue en brèche par de nombreux auteurs ⁽¹²⁾ et aussi par M. le Procureur Général Beaudoin. Selon eux, le paragraphe deuxième de la clause stipulant que la remise des valeurs mobilières entre les mains d'un agent de change libérera leurs détenteurs, n'est pas exclusive de la libération entre les mains du notaire chargé de faire le remploi. Elle ne constituerait qu'un moyen supplétif et plus facile de se libérer, en autorisant la décharge par la remise entre les mains de l'agent de change, par le seul fait qu'il est le négociateur et même s'il n'est pas chargé de procéder au remploi.

Le détenteur de valeurs mobilières aurait ainsi la possibilité de se libérer d'abord entre les mains de ceux qui doivent directement procéder au remploi — ce qui serait le droit commun — et ensuite — ce qui serait dérogatoire à ce droit commun — ils le peuvent également entre les mains de celui qui ne doit pas procéder au remploi mais qui néanmoins est le négociateur des valeurs.

A l'appui de cette interprétation on soutient que le mot « deniers » n'a pas une signification étroite mais que dans la terminologie juridique il englobe également les titres au porteur. La jurisprudence, en matière de remploi, a en effet toujours assimilé les titres au porteur aux sommes d'argent dont la propriété se transmet par tradition ⁽¹³⁾.

De sorte que les deux paragraphes de la clause en litige ne régleraient pas chacun une situation dis-

(12) Julliot, Note Pandectes périodiques, 1904-9-278.

(13) Voir conclusions Procureur Général Beaudoin et jurisprudence citée ; Cass. 13 nov. 1876, S. 77-1-145.

tincte : l'une spéciale aux sommes d'argent et l'autre spéciale aux valeurs mobilières, mais régleraient au contraire une même situation : le paragraphe deuxième qui stipule la libération des débiteurs entre les mains des Officiers Ministériels étant au contraire la règle de portée absolue et générale et le paragraphe troisième, concernant la remise des valeurs à l'agent de change, n'étant qu'une modalité d'application de la règle générale mais n'y dérogeant pas.

La preuve en est, dit-on, que ce paragraphe troisième ne stipule la libération entre les mains de l'agent de change que dans le cas de vente desdites valeurs mobilières, de sorte que si l'on doit strictement interpréter la clause dans le sens d'une sphère d'application distincte, il faudrait admettre qu'aucun Officier Ministériel n'est compétent pour donner décharge de valeurs mobilières qui ne sont pas destinées à la vente et qui sont seulement converties au porteur puisque le paragraphe troisième de la clause ne s'appliquerait pas et que d'autre part le paragraphe deuxième ne réglerait que la remise de sommes d'argent.

Pourtant cette critique de l'interprétation de la Cour de Paris ne nous paraît pas fondée.

En effet, aux termes du paragraphe deuxième de la clause, ce sont les Officiers Ministériels chargés d'effectuer le remploi des deniers qui sont compétents pour donner décharge au débiteur, c'est-à-dire le notaire, pour le remploi en immeubles, et l'agent de change pour le remploi en valeurs.

Si donc l'on admet que les valeurs mobilières rentrent dans la compréhension du terme « deniers » et que, comme l'admet M. le Procureur Général Beaudoin, le notaire a qualité pour les recevoir, il est évident que ce notaire qui ne les reçoit que pour en faire remploi en immeubles ne pourra pas y pro-

céder directement mais sera obligé de faire négocier les titres précisément par un agent de change. De toutes manières on aboutit donc à la négociation. Et c'est très certainement pour éviter ce circuit que la clause prévoit que les titres seront remis directement à l'agent de change chargé de les vendre, lequel agent de change devenant alors lui-même débiteur de deniers se libérera entre les mains du notaire chargé de remployer en immeubles ou effectuera lui-même le remploi en valeurs mobilières.

Nous admettons donc avec la Cour de Paris que la remise des titres convertis au porteur ne pouvait être faite valablement entre les mains du notaire.

Il ressort donc, selon nous, de l'étude de cette jurisprudence, qu'en présence de cette clause qui, préconisée par la Chambre des notaires de la Seine, existe encore dans de nombreux contrats de mariage :

1° Les établissements débiteurs exonérés de toute surveillance sont néanmoins tenus de se libérer entre les mains des Officiers Ministériels désignés au contrat ;

2° Que lorsqu'il s'agit de sommes d'argent sont compétents pour en donner décharge : le notaire en cas de remploi en immeubles, l'agent de change en cas de remploi en valeurs mobilières ;

3° Lorsqu'il s'agit de se libérer de valeurs mobilières seule la remise des titres entre les mains de l'agent de change en opère décharge.

Reconnaissons toutefois que ces conclusions personnelles sont contraires à l'opinion émise par M. le Procureur Général Beaudoin et qui est en somme le reflet de l'opinion de la Cour de Cassation.

Ces divergences d'interprétation ont conduit la pratique à préciser les termes des clauses usitées pour décharger les établissements débiteurs.

Si nous examinons par exemple la clause proposée

par M. Amiaud ⁽¹⁴⁾, nous y voyons qu'il spécifie que les détenteurs de titres au porteur seront libérés par leur remise soit entre les mains du notaire, soit entre les mains de l'agent de change chargé du remploi, sans que les tiers aient à se préoccuper du remploi ultérieur — et il est en outre précisé : « Qu'il
« s'agisse de *deniers* ou de *titres* propres, leur remise
« entre les mains de l'Officier Ministériel désigné
« par les époux est tout à la fois obligatoire et libé-
« ratoire pour les tiers sans que ceux-ci aient le droit
« de demander aucune autre justification et sans
« qu'ils aient aucune responsabilité à encourir même
« en cas d'inexécution du remploi ».

De plus cette clause règle l'hypothèse où il ne s'agit plus de remployer les valeurs mobilières, mais où il s'agit de remise de titres au porteur destinés à être conservés par les époux et non remployés. Cela répond à l'objection qui avait été faite concernant la clause proposée par la Chambre des notaires à savoir que la décharge de l'agent de change ne s'appliquait qu'au cas de *vente*, personne n'étant qualifié pour décharger le détenteur des titres non destinés à la vente.

Avec la nouvelle formule, les détenteurs de ces valeurs sont libérés par le dépôt dans les caisses des établissements désignés au contrat ou entre les mains d'un séquestre.

Ainsi la formule complète proposée par M. Amiaud en assimilant entièrement les établissements aux tiers détenteurs en général et en les faisant bénéficier d'une même exonération totale sous la condition formelle qu'ils se libèrent entre les mains des Officiers Ministériels, en distinguant expressément les hypo-

(14) Amiaud, I, v° Contrat de mariage, et Planiol et Ripert, t. VIII, n° 635, formules en note.

thèses de remises de deniers ou de valeurs mobilières, en distinguant également l'hypothèse où ces valeurs sont destinées à être vendues et celle où elles sont destinées à être conservées, a dissipé toute équivoque d'interprétation et toute discussion possible.

C. — A elle seule cette clause ne vise que l'hypothèse où l'établissement est débiteur de sommes d'argent soit par suite de remboursement, de lots, de primes, etc., ou débiteur de titres au porteur après conversion. Mais la source la plus importante de responsabilité et de difficultés réside surtout dans les transferts de valeurs nominatives soumises au remploi.

On envisage alors soit l'hypothèse où il s'agit de titres spécifiquement nominatifs non convertibles au porteur, ou l'hypothèse de marché direct en dehors de la Bourse, car s'il s'agit d'un marché en Bourse sur des valeurs convertibles, le problème se trouve résolu par la formule étudiée plus haut, puisque les agents de change ne se livrent entre eux que des titres au porteur et feront procéder à la conversion et non au transfert.

Comme en matière de remise de deniers ou de remise de titres au porteur, le but poursuivi est de dispenser l'établissement de toute surveillance du remploi pour concentrer la responsabilité et par conséquent le contrôle de ce remploi sur l'agent de change.

Dans ce but, tout en exonérant les établissements, les époux exigent généralement que les transferts n'aient lieu que sur la certification d'un agent de change.

Nous verrons plus loin quelle est la portée de cette certification. Qu'il nous suffise de dire qu'il est maintenant admis que cette certification ne concerne pas

seulement l'identité du signataire mais comporte aussi le contrôle de sa capacité.

L'agent de change ainsi requis d'intervenir et qui ne peut s'y refuser puisque c'est une obligation essentielle de son ministère, se trouve donc substitué à l'établissement débiteur dans la surveillance du emploi et ce dernier se trouve complètement déchargé de toute surveillance du emploi, dans l'exécution d'un transfert effectué sur la certification de cet Officier Ministériel. Peu importe que le emploi ne soit pas exécuté, ou que le transfert ait été requis sur fausses signatures si la libre convention des parties a exonéré les établissements de toute responsabilité sous la seule condition que la formalité de la certification soit respectée.

§ 4. — LIMITATIONS STATUTAIRES DE LA RESPONSABILITÉ DES ÉTABLISSEMENTS

A. — *Régime spécial au Trésor Public.*

Avant d'examiner comment les établissements débiteurs ont pu s'exonérer eux-mêmes de la surveillance du emploi, il est nécessaire que nous examinions la situation spéciale du Trésor Public.

En effet, la législation spéciale au Trésor l'exonère de toute responsabilité née à l'occasion des transferts de rente.

Telle est du moins l'interprétation que donne la jurisprudence des articles 15 et 16 de l'arrêté de Prairial an X et de la loi du 11 juin 1909.

Les articles 15 et 16 de l'arrêté du 27 Prairial an X sont ainsi conçus :

« Article 15. — A compter du présent arrêté les « transferts d'inscriptions sur le Grand Livre de la « dette publique seront faits au Trésor public en pré-

« sence d'un agent de change qui certifiera l'identité
« du propriétaire, la vérité de sa signature et des
« pièces produites.

« *Article 16.* — Cet agent de change sera, par le
« seul effet de sa certification, responsable de la vali-
« dité des dits transferts en ce qui concerne la vérité
« de sa signature et des pièces produites, cette garan-
« tie ne pourra avoir lieu que pendant 5 années à
« partir de la déclaration du transfert » (15).

Ainsi on voit que légalement les transferts de rente ne peuvent être effectués qu'avec le concours d'un agent de change. La mission de l'agent de change est de certifier l'identité du propriétaire, la vérité de sa signature et la vérité des pièces produites. Et le Trésor — dont la thèse fut adoptée par la jurisprudence (16) — considère que la responsabilité légale de l'agent de change issue de sa certification, exclut sa propre responsabilité.

Toutefois, on peut s'apercevoir que les textes légaux ne stipulent pas que la certification de l'agent de change doit porter sur la capacité des propriétaires. La question s'est donc posée de savoir qui était responsable des transferts accomplis par les incapables. On s'est demandé si le contrôle de la capacité n'était pas inclus dans celui de l'identité et notamment dans la certification de la vérité des pièces produites. On a soutenu que cette certification ne concernait en tout cas que la forme de ces pièces, leur authenticité et non le fond.

Toutefois, la jurisprudence considère que l'attestation de l'agent de change ne porte pas seulement sur la régularité extérieure mais sur leur vérité intrinsèque (17).

(15) Jur. Gén. Dalloz, V^o Bourse de Commerce, p. 416.

(16) Cass. 25 mars 1835, D. précit. 482.

(17) Cass. 24 février 1903, S. 1903-1-337 ; Riom, 2 déc. 1908 ; Rouen, 10 février 1904.

Mais en tout cas il semble que l'attestation devrait porter sur l'existence d'une clause de remploi mais non sur l'exécution du remploi et qu'elle n'entraînerait pas l'obligation de surveiller le remploi. La jurisprudence décida en général que la certification de l'agent de change ne portait pas sur la capacité et que cet Officier ministériel n'était responsable en vertu de l'arrêté de Prairial, que de l'identité du propriétaire⁽¹⁸⁾.

Toutefois, il était possible qu'à cette responsabilité s'ajoutât la responsabilité de droit commun incombant à l'agent de change en qualité de négociateur. La distinction essentielle était que la responsabilité née de l'arrêté de Prairial était absolue et se trouvait engagée même sans faute tandis que la responsabilité du négociateur n'est engagée que s'il a commis une faute⁽¹⁹⁾. Il se peut donc — dans cette thèse — que l'agent de change soit un simple certificateur sans avoir été le négociateur et, dans ce cas, il semble logique qu'il ne soit pas responsable du défaut de remploi.

Mais, dès lors, il serait aussi logique que le Trésor devienne responsable de ce défaut de remploi⁽²⁰⁾. Or le Trésor se refusa d'assurer cette responsabilité et le Conseil d'Etat, dans un avis du 6 avril 1852, a déclaré que les agents du Trésor n'avaient aucune vérification à faire de la capacité des rentiers et qu'ils n'avaient qu'un rôle purement passif. Postérieurement, dans un arrêt du 19 mars 1880, D. P., 81-3-49, le Conseil d'Etat décida également que le Tré-

(18) Cass. 8 août 1827, Jur. Gén. Dalloz. V° Bourse, p. 482 ; Paris, 2 janvier 1858, D. 58-2-4 ; Trib. Toulouse, 9 janvier 1908, D. 1916-1-7 s/note ; Paris, 13 déc. 1908 ; Julliot, *op. cit.*, n° 417.

(19) Paris, 30 mars 1898, D. 98-2-300 ; Req. 20 mars 1894, D. 95-1-45 ; 23 mars 1898, D. 98-1-330 ; 31 oct. 1904, D. 1905-1-142 ; Note Sarrut, D. P. 1916-1-5.

(20) Cass. 24 février 1903, précité, motifs.

sor n'avait aucune responsabilité. Il fallait donc admettre que ni le Trésor ni l'agent de change simple certificateur (et non négociateur) n'étaient responsables du défaut de remploi à l'occasion des transferts de rente.

La responsabilité du Trésor n'aurait été engagée qu'en cas de complicité frauduleuse de l'un de ses préposés.

Cette situation équivoque fut modifiée par la loi du 11 juin 1909 ainsi conçue :

« Les déclarations et certificats de transfert d'inscriptions de rente sur l'Etat sont dressés, signés et scellés dans les bureaux d'un agent de change exerçant près d'une Bourse pourvue de Parquet, *qui vérifiera la régularité de la négociation.* »

Bien que M. le Ministre des Finances ait, par une lettre au Syndic des Agents de change, déclaré que ce texte ne constituait pas une aggravation de leur responsabilité (estimant sans doute, contrairement à la jurisprudence, que les textes précédents leur créaient la même obligation), la Cour de Cassation décida que, désormais, il n'y avait plus à distinguer entre l'agent certificateur ou négociateur. Même n'agissant que comme certificateur l'agent est tenu de vérifier la régularité de la négociation qui lui est étrangère et, conséquemment, il devient responsable de cette régularité, c'est-à-dire de la surveillance du remploi ⁽²¹⁾.

Le corollaire nécessaire c'est évidemment que le Trésor est exonéré sans discussion possible de toute responsabilité, celle-ci se trouvant légalement mise à la charge des agents de change dont l'intervention est obligatoire.

(21) Cass. 15 juin 1915, D. P. 1916-1-5 et la note.

B. — *Régime des établissements autres que le Trésor.*

Bien que certains arrêts statuant sur la responsabilité des agents de change née de la certification des transferts d'autres valeurs que des rentes aient semblé commettre la confusion de leur étendre l'application de l'arrêté de Prairial⁽²²⁾, il est hors de doute que les établissements débiteurs autres que le Trésor ne bénéficient pas du régime spécial à ce dernier.

Les établissements débiteurs cherchèrent donc à se créer un statut juridique analogue à celui du Trésor. Mais la différence essentielle réside en ce que le Trésor jouit d'un statut légal qui s'impose souverainement alors que les établissements débiteurs ne peuvent avoir qu'un statut conventionnel.

C'est donc par une clause statutaire que les établissements peuvent stipuler « que la signature et la *capacité* des parties doivent être certifiées par un agent de change ». Certains établissements précisent même — c'est le cas du Crédit Foncier — que, dans ce cas, « ils ne seront pas responsables de la validité du transfert ».

Dans quelle mesure une telle clause exonère-t-elle l'établissement ? Dans quelle mesure est-elle valable ? Telles sont les questions qui se posent :

Et tout d'abord, les établissements débiteurs peuvent-ils ainsi exiger des titulaires d'inscriptions nominatives de s'assurer le concours d'un agent de change ?

Le problème est d'autant plus complexe que le décret du 29 octobre 1935 (art. 7) a, dans le cas spécial où le titulaire se présente au guichet de l'établissement et justifie de son identité, posé en principe que l'établissement ne pouvait exiger aucune certifica-

(22) Voir Julliot, *op. cit.*

tion. Dans ce cas, au moins, la clause paraît donc contraire à la loi.

Toutefois, la question se pose de savoir si ce texte est d'ordre public. Nous ne le pensons pas. On peut concevoir en effet que si pareille exigence ne puisse désormais être émise au gré arbitraire de l'établissement, celui-ci puisse néanmoins dans ses statuts, à titre de condition essentielle à la transmissibilité de ses titres, exiger d'une façon générale la certification d'un agent de change.

On a soutenu que si cette clause s'imposait aux actionnaires, c'est qu'associés ils avaient adhéré aux statuts mais qu'il semblait peu explicable qu'elle s'impose aux obligataires qui n'étaient pas liés par les statuts.

Nous estimons pour notre part qu'aucune distinction ne doit être faite, car s'il est vrai que le souscripteur, au moment de l'émission d'actions, a adhéré aux statuts, on ne peut vraiment affirmer que celui qui reçoit ces actions indépendamment de sa volonté, par succession par exemple, et qui est grevé d'une charge de remploi dont n'était pas grevé son auteur, a lui aussi adhéré aux statuts. Il nous semble plus exact d'admettre — comme nous l'indiquons plus haut — que la clause s'impose aux actionnaires et aux obligataires parce que, dans sa structure sociale, la société a décidé qu'elle émettrait des valeurs et que ces valeurs seraient soit nominatives, soit au porteur et elle a posé les conditions de leur transmission, conditions qui affectent le droit lui-même attaché au titre.

Ainsi admis que les titulaires d'inscriptions nominatives, s'ils veulent procéder à un transfert, sont tenus de présenter à l'établissement une certification d'un agent de change, dans quelle mesure cette cer-

tification décharge-t-elle l'établissement de la responsabilité du défaut de remploi ?

Il est incontestable que l'agent de change ne peut refuser son concours puisque la certification des transferts est précisément sa fonction, on serait tenté presque de dire sa raison d'être. Il est donc, lui, responsable de la certification de l'identité et de la capacité de la propriétaire du titre et, par conséquent, de la surveillance du remploi.

Mais cette responsabilité est-elle exclusive de celle de l'établissement à l'égard de la femme propriétaire du titre transféré sans remploi ? Au contraire, la responsabilité de l'établissement ne subsiste-t-elle pas, la clause statutaire n'ayant pour but que d'assurer un recours de l'établissement contre l'agent de change certificateur ?

En ce qui concerne la première question, si l'on peut admettre que les établissements peuvent librement stipuler dans les statuts les conditions de transmissibilité de leurs titres, il nous semble plus difficile d'admettre qu'ils puissent statutairement stipuler par avance et unilatéralement leur propre irresponsabilité, l'exonération de leurs fautes. Comment admettre par exemple qu'un débiteur puisse se réserver de payer entre les mains d'un incapable sans que cet incapable puisse exercer un recours éventuel ? Comment admettre qu'une société se libère de sa dette envers une femme dotale au moyen d'un transfert en stipulant par avance que cette femme ne pourra rendre l'établissement responsable de n'avoir tenu aucun compte de ce qui était la condition absolue de validité du transfert, de ce qui, seul, le rendait possible, c'est-à-dire de l'obligation de remploi.

Interprétée en ce sens qu'elle exonère totalement et unilatéralement l'établissement de ses fautes, la clause statutaire d'irresponsabilité nous apparaît

comme étant de celles que la jurisprudence annule comme contraires à l'ordre public ⁽²³⁾. On sait cependant que la jurisprudence admet que ces clauses peuvent être valables si, par exemple, elles ne constituent qu'un renversement de la charge de la preuve. On sait aussi que la responsabilité des établissements n'est engagée que s'ils ont commis une faute.

Or, le fait que l'établissement exige la certification d'un agent de change spécialement chargé de cette fonction, suppose que l'établissement, qui s'en rapporte à cet Officier ministériel du soin de vérifier la régularité de l'opération, prend ainsi toutes les précautions voulues et ne commet aucune faute.

Selon nous, la clause statutaire d'irresponsabilité ne créerait donc pas une irresponsabilité absolue mais plus exactement une présomption d'irresponsabilité, et dans ce sens elle serait valable.

L'arrêt de la Cour de Cassation souvent invoqué comme validant une clause d'irresponsabilité, nous semble d'ailleurs conforme à la thèse que nous soutenons puisqu'il se borne à constater que les statuts exigent la certification de l'agent de change, et que cette formalité ayant été remplie, l'établissement n'a commis aucune faute puisqu'il a ainsi pris toutes les précautions utiles ⁽²⁴⁾. L'agent certificateur qui avait certifié des signatures fausses était seul responsable de sa négligence.

Il s'agit donc plus en réalité dans ce système d'un déplacement de responsabilité, la surveillance du emploi incombant à l'agent de change substitué à l'établissement débiteur dans la vérification de la capacité des propriétaires de titres, que d'une stipulation générale d'irresponsabilité.

(23) *Contra*, Paris, 21 février 1896, S. 98-2-289, note Wahl.

(24) Cass. Req. 18 juillet 1898, S. 99-1-73.

Mais la question se pose alors de savoir contre qui la femme lésée par le défaut de remploi exercera son recours.

Il est évident qu'elle a d'abord son recours contre l'agent de change qui n'a pas ou a mal accompli un acte de sa fonction. Mais contre l'établissement ? Dans le système que nous préconisons, à savoir que la certification de l'agent de change constitue une présomption d'irresponsabilité, l'action introduite ne serait pas irrecevable par le seul fait de la certification, mais la femme aurait alors la charge d'établir une faute personnelle à l'établissement et étrangère à ce que devait certifier l'agent de change, car l'établissement débiteur ne commet aucune faute en se conformant à cette certification, il n'a pas à superposer son propre contrôle à celui d'un Officier ministériel dont c'est la fonction essentielle.

Dès lors, si l'établissement n'a commis personnellement aucune faute (faute qui pourrait consister dans la connaissance personnelle d'une fraude), nous estimons — et c'est ce qu'a décidé la Cour de Cassation — qu'il n'encourt aucune responsabilité, car il n'est pas chargé de contrôler les actes de l'agent de change ni de couvrir ses fautes. L'agent de change n'est en effet ni son mandataire, ni son préposé, il est un Officier public auquel les établissements ont exigé que les parties s'adressent en vue de l'exécution des transferts et qui répond personnellement vis-à-vis de tous des actes de sa fonction.

C'est donc à tort — selon nous — que certains auteurs⁽²⁵⁾ ont estimé que les sociétés, en exigeant le concours de cet Officier ministériel, entendent seulement se réserver un recours contre les responsa-

(25) H. Solus, *op. cit.*, p. 239 ; Esmein, note, S. 1923-1-366 ; Planiol et Ripert, t. VIII, n° 649.

bilités qu'elles pourraient encourir personnellement.

Nous pensons, au contraire, que les sociétés n'ont pas à répondre de fautes commises à l'occasion des certifications de capacité qui leur sont fournies.

De même, nous pensons aussi que c'est à tort que ces mêmes auteurs⁽²⁶⁾ estiment que si, cependant, une stipulation expresse d'irresponsabilité était jointe dans les statuts à l'exigence de la certification, les établissements seraient totalement exonérés à l'égard des propriétaires de titres transférés sans emploi et pourraient leur opposer une fin de non-recevoir car cela serait précisément valider une stipulation générale d'irresponsabilité contraire à l'ordre public.

§ 5. — SANCTIONS DU DÉFAUT DE SURVEILLANCE DU EMPLOI

Le problème suppose que l'établissement a effectué un transfert sans que le emploi du prix de la valeur mobilière ait été exécuté. Nous avons déjà vu que le régime des valeurs mobilières s'opposait à toute revendication et à toute annulation de la vente.

L'épouse se trouve donc ainsi dépossédée de son droit sur le titre aliéné indûment et de cette aliénation irrégulière l'établissement est responsable. A quelle sanction l'établissement est-il exposé ?

On a soutenu⁽²⁷⁾ que, l'établissement ayant irrégulièrement effectué le transfert, il était tenu de maintenir les droits de la femme évincée, c'est-à-dire de reconstituer à son profit une inscription nominative. Le transfert ayant été irrégulier la femme n'a pas, dit-on, perdu ses droits à l'égard de la société.

(26) Réf. précitées. Aj. Wahl, note, S. 98-2-289.

(27) Thaller et Perceron, *Droit Commercial*, 7^e éd., n° 603.

Mais l'acquéreur contre lequel ne peut triompher ni une action en revendication, ni une action en nullité, doit, lui aussi, à raison des principes du droit financier, jouir de ses droits à l'encontre de la société qui s'est obligée directement à son égard. De sorte que dans ce système, lorsqu'il s'agit d'actions — et c'est le grief capital qui lui est fait — il y a en somme deux personnes qui sont propriétaires de la même fraction du capital social, ce qui semble impossible.

A ce grief, on a répondu que c'était là, évidemment, une situation anormale, mais que les quasi-délits de la société devaient retentir sur l'ensemble des actionnaires et que la conséquence de ce quasi-délit c'était précisément la participation d'un actionnaire supplémentaire dans la vie de la société.

La jurisprudence ⁽²⁸⁾ n'a pas admis cette thèse, car on ne peut ainsi concevoir une augmentation du capital social par le seul effet d'un quasi-délit.

La seule sanction réparatrice qui puisse donc être accordée, le transfert étant définitif, c'est la reconstitution de la dot non remployée au moyen de dommages-intérêts mis à la charge de l'établissement débiteur. Toutefois, on pourrait concevoir, semble-t-il, que la femme pourrait bénéficier d'une autre inscription nominative au cas où la société préférerait racheter ses propres actions en Bourse pour les immatriculer à son nom.

(28) Trib. Seine, 27 juin 1923, *Gaz. Pal.*, 1923-2-289.

SECTION III

L'AGENT DE CHANGE

Des études qui ont précédé, nous avons vu qu'en somme, parmi les tiers responsables du remploi en matière de valeurs mobilières, l'agent de change était celui sur lequel se concentrait cette responsabilité.

Nous aurons donc à examiner la source, le fondement de sa responsabilité, son étendue et enfin quand peut cesser cette responsabilité, quand l'agent de change est-il déchargé.

§ 1^{er}

Pour résoudre ces problèmes, il est d'abord nécessaire de préciser ce qu'est au juste la fonction de l'agent de change, ce qui nous permettra ensuite de préciser à quel titre l'agent de change peut être responsable du défaut de remploi.

L'agent de change est un Officier ministériel. Il est de l'essence de sa profession de procéder, d'une part, à des négociations de valeurs mobilières et, d'autre part, de certifier les transferts non seulement des rentes mais de toutes autres valeurs nominatives. Sa qualité d'agent de change lui donne, pour procéder à ces missions, un crédit qui n'est accordé par l'Etat qu'aux Officiers ministériels parce qu'ils offrent des garanties particulières d'honnêteté, de sérieux, de régularité dans les opérations.

Agissant comme certificateur, l'agent de change n'agit pas forcément comme négociateur.

Lorsqu'il agit comme certificateur, l'agent de change n'accomplit donc en somme qu'un acte de sa fonc-

•

tion, il authentifie en quelque sorte ce qu'il a certifié, il intervient et prête son concours comme Officier ministériel, mais il n'est pas en principe le mandataire des parties.

Au contraire, s'il agit comme négociateur, il agit comme chargé de vendre ou d'acheter ou d'accomplir une opération quelconque ; c'est alors un mandataire qui présente ce caractère particulier de ne jamais découvrir son mandant, car il est tenu au secret professionnel. C'est un mandataire ducroire.

De plus, ce mandat est un mandat obligatoire. Les agents de change ne peuvent refuser leur concours et les propriétaires de valeurs admises à la cote sont obligés de recourir à leurs offices s'ils veulent négocier leurs titres. C'est la conséquence du monopole des agents de change.

C'est donc comme certificateurs ou comme négociateurs ou même aux deux titres à la fois que les agents de change peuvent intervenir dans des opérations concernant les valeurs mobilières de femmes mariées dont le contrat oblige au remploi des biens propres ou dotaux.

Une abondante jurisprudence a consacré la responsabilité des agents de change à l'occasion de ces opérations dans l'hypothèse où le remploi n'a pas été exécuté ou a été mal exécuté, et c'est évidemment une nécessité pratique, puisque l'agent de change fait en quelque sorte la liaison entre la femme et les établissements débiteurs ou les acquéreurs de valeurs mobilières. La garantie du remploi serait en vérité ou illusoire ou enchevêtrée de telles difficultés qu'on renoncerait à l'utiliser si l'agent de change n'était pas tenu de surveiller le remploi.

Mais la raison pratique n'est pas une suffisante raison juridique. Pour que l'agent de change soit responsable, il faut admettre qu'il est tenu à un titre

quelconque de vérifier la capacité du propriétaire du titre transféré. De quoi résulte cette obligation ? Tel est le problème. Il est donc nécessaire de rechercher la base juridique de cette responsabilité en distinguant selon qu'il s'agit d'opérations sur rentes de l'Etat ou sur titres quelconques.

§ 2. — RENTES SUR L'ETAT

En examinant le régime des établissements débiteurs, nous avons vu que les transferts des rentes sur l'Etat ne pouvaient être effectués que sur la certification d'un agent de change (art. 15 et 16 de l'arrêté de Prairial) attestant l'identité du propriétaire et la vérité de sa signature et des pièces produites. L'article 16 précise que par le seul effet de cette certification, l'agent de change sera responsable de la validité des transferts en ce qui concerne la vérité de sa signature et des pièces produites.

Nous avons précédemment exposé la thèse du Trésor public qui prétend être totalement exonéré par ces textes de toute surveillance du remploi et nous avons examiné alors le problème sous l'angle de l'établissement débiteur. Si nous l'examinons maintenant au point de vue de la responsabilité de l'agent de change, il est incontestable que ces textes créent à sa charge une responsabilité absolue⁽²⁹⁾.

Par le seul effet de sa certification, l'agent est responsable de la validité du transfert. Il n'est point nécessaire qu'une négligence quelconque ait été commise, il suffit que le transfert ait été fait sur fausses

(29) Req. 11 juillet 1876, D. P. 77-1-25 ; Civ. 24 février 1903, D. P. 1903-1-561 ; 5 août 1912, D. P. 1913-1-265 ; Paris, 13 déc. 1907, D. P. 1908-2-144 ; Trib. Seine, 20 janvier 1906, D. P. 1916-1-7 sous note.

signatures pour que l'agent de change en soit responsable de plein droit. Toutefois, nous avons vu aussi que la jurisprudence⁽³⁰⁾ s'était toujours refusée à admettre que le seul fait de la certification de l'identité du propriétaire rendait l'agent de change responsable de sa capacité, c'est-à-dire du défaut de emploi.

En effet, cette responsabilité exorbitante du droit commun ne pouvait être étendue au delà des textes qui la créent.

En tant que certificateur, l'agent de change ne répondait donc d'une façon absolue que de l'identité des propriétaires et de la vérité intrinsèque des pièces produites à l'appui de la demande de transfert. Cependant, on a pu voir une Chambre syndicale d'agents de change infliger à l'un de ses membres une sanction disciplinaire sous le prétexte que l'agent commettait une faute professionnelle en s'abstenant de fournir justification des remplois de rentes dotales transférées par ses soins, alors qu'il prétendait n'être astreint à aucune obligation de ce genre, ni à aucune vérification du contrat de mariage. La Cour de Cassation, à laquelle la décision syndicale était soumise, s'est bornée à dire que la Chambre de Discipline avait statué dans la plénitude de ses pouvoirs, mais n'a pas, en fait, tranché la question à cette époque. Son arrêt n'est donc nullement contraire à la jurisprudence presque unanime qui exonère l'agent certificateur de toute surveillance de la capacité⁽³¹⁾.

Il était toutefois possible que l'agent de change soit en même temps le négociateur du titre de rente

(30) Voir Jurisprudence précitée, p. 200 et note sous Paris, 21 février 1896, S. 98-2-89 et sous Cass. 24 février 1903, S. 1903-1-337, note Wahl ; Julliot *op. cit.*, n° 417 et s.

(31) Req. 7 juin 1910, S. 1911-1-513.

et, dans ce cas, les auteurs et la jurisprudence ⁽³²⁾ admettaient que sa responsabilité pouvait être engagée dans les termes du droit commun, c'est-à-dire d'une façon analogue à celle existant en matière de titres de sociétés quelconques dont nous examinerons plus loin la situation.

Grâce à ce régime spécial aux titres de rente, il était donc possible aux époux d'éluder l'obligation de remploi. Il leur suffisait d'acheter des titres de rente, de les négocier de gré à gré, de faire procéder au transfert en faisant certifier la signature de la femme. Le Trésor se refusait à assumer une responsabilité quelconque, les agents de change n'étaient pas responsables du défaut de remploi puisqu'ils n'avaient pas à vérifier la capacité de la venderesse. De sorte, qu'aucun obstacle ne s'opposait aux manœuvres d'époux peu scrupuleux. C'est dans ces conditions que la loi de 1909 est intervenue, qui obligea les agents de change à vérifier la régularité de la négociation.

On a pu discuter sur la portée de ce texte et de nombreux auteurs ⁽³³⁾ ont émis l'opinion, confirmée d'ailleurs par le Ministre des Finances, que ce texte n'avait pas pour effet de mettre à la charge de l'agent de change une autre responsabilité que celle qui lui incombait antérieurement, c'est-à-dire quand il était négociateur.

La jurisprudence ⁽³⁴⁾ en a cependant décidé autrement et elle a assimilé complètement l'agent de change négociateur à l'agent certificateur. Alors même que la négociation aurait eu lieu en dehors de lui, il est

(32) Paris, 30 mars 1898, S. 99-2-38 ; Trib. Toulouse, 9 juin 1908 sous note, D. P. 1916-1-7.

(33) Note Wahl sous Cass. 30 oct. 1911, S. 1911-1-513 ; Esmein, note S. 1923-1-365 ; Lettre du Ministre, D. 1916-1-7.

(34) Toulouse, 31 janvier 1910, ; Cass. Civ. 15 juin 1915, D. P. 1916-1-5, note Sarrut ; Civ. 4 juin 1923, S. 1923-1-368.

tenu de vérifier la capacité des parties et, par conséquent, l'exécution des obligations de remploi. L'agent de change, a-t-on pu dire, est présumé négociateur.

Mais alors la question se pose de savoir de quelle nature est cette responsabilité : S'agit-il d'une responsabilité du même ordre que celle qui incombe ordinairement à l'agent de change en tant que négociateur ou s'agit-il d'une responsabilité absolue, d'une présomption *juris et de jure*, au même titre que celle qui découle de l'arrêté de Prairial ? La Cour de Cassation ne l'a pas déterminé.

Avec la majorité des auteurs, nous pensons que la responsabilité issue de la loi de 1909 et qui rend le certificateur tenu des obligations d'un négociateur ne saurait être différente de la responsabilité de ce dernier.

Comme l'a démontré M. Esmein⁽³⁵⁾, ce qui, dans l'arrêté de Prairial, crée une responsabilité absolue à la charge de l'agent de change, c'est qu'il y est stipulé que l'agent est responsable par le seul effet de sa certification de la validité du transfert, or on ne trouve rien de tel dans la loi de 1909, l'agent de change n'a même aucune certification à délivrer de la régularité de la négociation, il n'a qu'une obligation de vérification, ce qui suppose que sa responsabilité ne peut être engagée que s'il a mal vérifié, que s'il a commis une faute dans la surveillance du remploi.

De tout ce qui précède, il résulte donc que l'agent de change certificateur ou négociateur de rentes, se trouve légalement responsable de l'exécution du remploi. Ses obligations et sa responsabilité trouvent leur source dans les textes légaux.

(35) Note S. 1923-1-366.

§ 3. — TITRES NOMINATIFS AUTRES QUE LES RENTES

Dans cette hypothèse, il est impossible de recourir aux textes relatifs aux rentes sur l'Etat pour fonder la responsabilité de l'agent de change. Aussi la notion de cette responsabilité a-t-elle été fort longtemps imprécise et la jurisprudence la plus récente, bien que précisant sa pensée, est encore loin d'être parfaitement cohérente.

Nous allons, en essayant d'en tracer l'évolution, tenter de dégager les principes qui sont à la base de cette responsabilité.

Tout d'abord, un premier point semble pouvoir être fixé, c'est que, dans les débuts, la jurisprudence ne distinguait pas l'agent de change des tiers quelconques obligés au emploi. Il était tenu à la surveillance du emploi au même titre qu'eux et bénéficiait des mêmes clauses d'exonération⁽³⁶⁾. Or, les tiers tenus du emploi sont en principe ceux qui achètent des biens grevés de cette charge ou qui doivent payer des sommes destinées à être remployées. Pour que l'agent fût considéré comme responsable, il fallait ainsi admettre qu'il était assimilé à ces tiers. Et c'est ainsi que s'est fait jour une première théorie selon laquelle l'agent de change était responsable comme acquéreur⁽³⁷⁾.

L'acquéreur réel étant en matière de valeurs mobilières masqué par le secret professionnel de l'agent

(36) Trib. Seine, 23 janvier 1904, *Pand. Fr.*, 1904-2-286 ; Trib. Seine, 12 mai 1893, *Gaz. Pal.* 93-1-741 ; Paris, 11 mars 1892, D. 92-2-392 ; Toulouse, 10 déc. 1888, D. 90-2-211 ; Rouen, 7 avril 1886, D. 88-2-45 ; Civ. 3 déc. 1888, D. 90-1-71 ; Nantes, 19 mars 1907, *Gaz. Pal.*, 1907-1-616.

(37) Paris, 11 déc. 1895, *Gaz. Pal.* 96-1-22 ; Trib. Seine, 23 janvier 1904, précité ; Note Tissier, S. 1898-2-9 ; Baudry Lacantinerie, *Contrat de mariage*, 3^e éd. t. III, n° 1840 ; Rouen, 7 avril 1886, précité ; Aix, 26 mai 1902, *Le Droit*, 4 sept. 1902.

de change et cet acquéreur étant lui-même ignorant de la personnalité du vendeur, on a dit que l'agent de change prenait en quelque sorte les lieux et places de l'acquéreur et encourait par conséquent la responsabilité incombant à ce dernier.

Cette thèse nous paraît inexacte, car elle ne correspond nullement à la réalité juridique.

L'agent de change, qui est chargé de négocier une valeur pour le compte d'une femme mariée par exemple, ne se porte pas acheteur de cette valeur. Cela lui serait précisément interdit, il ne peut faire la contre-partie. De plus, la venderesse sait parfaitement que l'agent de change qu'elle a chargé de vendre ne fait pas l'opération pour lui-même, elle sait qu'il n'agit que comme intermédiaire. Il n'apparaît pas comme son acquéreur. Au reste, on n'a jamais admis la conséquence logique de cette thèse, à savoir que l'on puisse exercer contre l'agent de change l'action révocatoire, mais seulement une action en responsabilité⁽³⁸⁾.

L'assimilation de l'agent de change à un détenteur de deniers semblait se rapprocher plus de la réalité, car il ne paraît pas douteux que l'agent de change, qui a procédé à une négociation, se trouve débiteur à l'égard de l'épouse des titres qu'il a aliénés et dont il a dû percevoir le montant. De même, l'agent qui a poursuivi la conversion au porteur de titres nominatifs devient, au sens large du terme, débiteur de deniers.

Mais, personnellement, cette notion nous paraît insuffisante. En effet, ce n'est point seulement en tant que les deniers n'auront pas été remployés que l'agent de change est responsable, mais aussi en ce que le transfert qui a dépossédé la femme a été effectué

(38) Cass. 3 déc. 1888, précité.

irrégulièrement puisque la condition de ce transfert, qui rendait le titre indisponible, n'a pas été accomplie.

De plus, comme le dit M. Esmein (note précitée), il serait assez anormal de considérer que l'agent de change est entièrement assimilable à un débiteur de deniers dotaux alors que, précisément, les clauses en usage ont pour but d'exonérer de toute surveillance les tiers débiteurs pour, au contraire, concentrer la responsabilité sur l'agent de change. C'est donc que celui-ci a une situation particulière par rapport à ceux-là, ce qui démontre qu'à sa qualité de détenteur de deniers dotaux, l'agent de change ajoute une autre qualité qui le rend responsable à un autre titre.

La jurisprudence n'a pas tardé d'ailleurs à synthétiser dans une formule que l'on retrouve constamment dans ses arrêts, ce qui — selon elle — caractérisait le fondement de la responsabilité de l'agent de change. L'idée essentielle qui s'en dégage, c'est que l'agent de change est un mandataire salarié et obligataire et qu'il est tenu à ce titre de surveiller l'exécution du emploi ⁽³⁹⁾.

Si l'agent de change est un débiteur de deniers, il ne l'est qu'à l'occasion et par suite du mandat dont il est investi ; le centre et la source de sa responsabilité résident dans ce contrat de mandat.

Cette conception de la responsabilité de l'agent de change nous paraît exacte. En effet, le mandataire ne peut être investi d'un mandat plus large que celui qui découle de la capacité de son mandant. Lorsque l'agent de change reçoit le mandat de vendre ou de

(39) Paris, 2 janvier 1890, D. 92-2-257 ; Req. 7 juillet 1891, D. 92-1-185 ; 20 mars 1894, D. 95-1-45 ; Civ. 23 mars 1898, D. 98-1-330 ; Req. 31 oct. 1904, D. 1905-1-142 ; Civ. 9 mai 1923, D. 1923-1-115 ; Caen, 20 janvier 1897, *Tab. Gaz. Pal.*, 97-1902, V° Dot, n° 177.

convertir au porteur, il ne peut donc valablement vendre ou se décharger des titres au porteur que dans les conditions où le contrat de mariage y autorise la femme mariée. Et si le remploi obligatoire y est stipulé, il est tenu de veiller à son exécution. Au cas où l'agent de change n'aurait pas exécuté cet élément de son mandat, il serait responsable de cette faute dans le mandat.

Et cette responsabilité semblerait devoir être engagée dans les conditions générales de la responsabilité du mandataire salarié (art. 1992 et s.).

Toutefois, la jurisprudence marque ici son illogisme. Après avoir posé le principe que l'agent de change était tenu de veiller au remploi parce que c'est la conséquence de sa situation de mandataire salarié, elle sanctionne l'inexécution de cette obligation au moyen des articles 1382 et 1383, c'est-à-dire qu'elle applique les principes de la responsabilité délictuelle et en effet dans tous leurs arrêts, la Cour de Cassation et les Cours d'appel prennent soin de constater l'existence d'une faute⁽⁴⁰⁾.

S'agit-il donc d'une responsabilité contractuelle issue du mandat ou s'agit-il d'une responsabilité quasi-délictuelle, et dans ce cas quelle est l'obligation préexistante étrangère au contrat de mandat qui serait à sa base ? Ce sont là des problèmes que la jurisprudence ne semble pas avoir abordés.

Admettant d'ailleurs que l'agent de change est un mandataire salarié et obligatoire, la jurisprudence le fait bénéficier des clauses relatives à la responsabilité des tiers en général. Il n'est jugé responsable que s'il s'agit du régime dotal ou si une clause spéciale rend le remploi obligatoire pour les tiers. De même, il n'est pas responsable de l'utilité ou de la

(40) Voir arrêts précités.

validité du remploi si une telle responsabilité est écartée pour les tiers⁽⁴¹⁾.

Tel fut l'état de la jurisprudence jusqu'en 1923. Mais, à cette date, la Cour de Cassation, par son arrêt du 9 mai⁽⁴²⁾, dégagea cette fois nettement ce qui résultait de ce caractère obligatoire qu'elle avait reconnu jusque-là au mandat dont était investi l'agent de change.

C'est encore en vertu d'un mandat salarié et obligatoire que l'agent de change est déclaré responsable, mais l'obligation de veiller au remploi résulte, dit la Cour de Cassation, de la nature de la fonction elle-même de l'agent de change. Et la Cour de Cassation en tire cette conséquence qu'on ne peut assimiler l'agent de change aux tiers détenteurs de deniers dotaux et le faire bénéficier des clauses les exonérant de toute responsabilité par la seule remise des deniers aux mains de l'Officier ministériel chargé d'effectuer le remploi. Sa responsabilité résulte d'un principe hétérogène à celle des tiers, elle résulte de sa fonction. Est-il tout à fait exact que l'obligation de la surveillance des emplois soit une obligation de la fonction ? Cela demande à être précisé.

En effet, comme le remarque M. Esmein⁽⁴³⁾, aucun texte législatif ne stipule que c'est là une obligation inhérente à la fonction d'agent de change. Il a même fallu un texte spécial : la loi de 1909, pour que l'agent certificateur soit responsable de la régularité de la négociation en matière de rente. S'il s'agissait d'une obligation inhérente à la fonction, que l'agent

(41) Paris, 13 janvier 1899, D. 99-2-323 ; Paris, 11 déc. 1895, S. 98-2-9, note Tissier ; 15 mars 1895, D. 96-2-145 ; Bordeaux, 7 avril 1897, D. 97-2-510 ; Paris, 11 mars 1892, *Gaz. Pal.*, 92-1-535 ; Cass. 15 février 1898, D. 98-1-429 ; Paris, 30 mars 1898, D. 98-2-300.

(42) Civ. 9 mai 1923, D. 1923-1-115 ; S. 1923-1-361, note Esmein.

(43) Note S. 1923-1-363.

soit certificateur ou négociateur, la situation devait être la même et point n'était besoin d'un texte spécial. M. Esmein pense qu'à défaut de textes, il faut trouver cette obligation de la fonction dans le fait que, dans la pratique, les agents de change ont assumé depuis si longtemps la charge de veiller aux emplois dotaux, qu'il y a maintenant une organisation coutumière de la fonction publique qui supplée aux textes législatifs.

On a dit aussi que les agents de change occupaient une situation trop haute pour que l'on puisse concevoir qu'il s'associent à des opérations irrégulières, à des actes illicites⁽⁴⁴⁾.

Ces explications ne nous paraissent pas satisfaisantes.

En effet, d'une part, il est des plus vraisemblable que les agents de change n'auraient pas volontairement pris une aussi lourde charge que celle de surveiller les emplois dotaux s'ils n'avaient pas aperçu préalablement une base à leur responsabilité. De plus, si l'on se place strictement dans le cadre de la fonction publique, le statut de la fonction est en dehors de la volonté des tiers ou des fonctionnaires eux-mêmes. Elle est ce qu'ont voulu qu'elle soit les textes qui l'ont instituée, mais elle n'est pas ce que peuvent vouloir qu'elle soit les individus qui l'occupent.

D'une part, s'il est vrai que les Officiers ministériels ne peuvent s'associer à un acte illicite ou à une opération irrégulière, il ne semble pas qu'il puisse y avoir d'opérations irrégulières de l'agent de change si précisément il n'est pas établi qu'il y ait préalablement une obligation de veiller aux emplois, et surtout il ne pourrait, semble-t-il, y avoir, de sa part,

(44) Levens, thèse précitée. Par analogie, voir : Note Planiol, D. 96-2-145.

association à une opération irrégulière que s'il a agi sciemment, dans la connaissance que le remploi n'aurait pas été effectué. Or, la plupart du temps, ce sont des imprudences ou des négligences qui sont relevées à la charge de l'agent de change. On ne peut concevoir qu'il y ait dans ces hypothèses une association à une opération irrégulière si, soit dans un contrat, soit dans le statut légal de sa profession, l'agent de change ne trouve pas une obligation préalable de surveiller le remploi.

Il semble donc bien que sa responsabilité ne découle pas spécifiquement de sa situation de fonctionnaire, mais plutôt du fait qu'il est négociateur.

La solution du problème n'est pas, selon nous, contraire à la thèse de la Cour de Cassation.

Nous retenons sa formule selon laquelle l'agent de change est tenu de veiller aux remplois parce qu'il est un mandataire nécessaire et salarié et que c'est une obligation qui lui incombe par la nature même de ses fonctions. Mais nous admettons que la nature de ses fonctions c'est précisément d'être mandataire. La source de sa responsabilité c'est donc le mandat et non la fonction. Ce que la fonction ajoute au mandat c'est que ce mandat n'est pas libre, *c'est un mandat d'intérêt public*.

La responsabilité de l'agent de change est donc — selon nous — fondée sur les règles du mandat sous cette réserve que ce mandat est hors d'atteinte des modifications contractuelles.

Ce principe ainsi établi, qu'il nous soit permis de réfuter diverses opinions émises notamment par M. Nast dans l'ouvrage de MM. Planiol et Ripert.

C'est ainsi qu'il a été soutenu que la responsabilité de l'agent de change était fondée sur une obligation de la fonction, une obligation professionnelle et non

sur les articles 1382 et 1383 ⁽⁴⁵⁾, et, d'autre part, M. Nast distingue nettement l'hypothèse où la responsabilité peut être contractuelle, c'est-à-dire issue d'un mandat et celle où elle est issue de cette obligation professionnelle ⁽⁴⁶⁾.

Nous sommes donc en droit de nous demander ce que peut être cette responsabilité qui n'est ni contractuelle, ni délictuelle, et qui n'est fondée sur aucun texte.

De plus, M. Nast et M. Solus estiment que la conséquence de ce que cette responsabilité est professionnelle c'est qu'elle sera engagée sans qu'il soit besoin de prouver l'existence d'une faute, celle-ci étant présumée par la seule inexécution du remploi ⁽⁴⁷⁾.

En général, notamment en matière de responsabilité notariale, lorsque la jurisprudence estimait qu'il n'existait pas de mandat et qu'il y avait un manquement au devoir professionnel, elle fondait, au contraire, cette responsabilité sur les articles 1382 et 1383, l'obligation préexistante se trouvant dans les règles même de la profession ⁽⁴⁸⁾.

Si donc l'on repousse l'idée de responsabilité contractuelle et que l'on se cantonne dans l'idée de responsabilité professionnelle, il est impossible d'en exclure l'application des articles 1382 et 1383.

D'ailleurs, les moyens du pourvoi dans l'affaire soumise à la Cour de Cassation (9 mai 1923) (dont l'arrêt est retenu par M. Nast à l'appui de sa thèse) se fondaient au contraire sur les articles 1382 et sur les articles 1991 à 1994 du Code civil. De plus, il ne nous apparaît pas que la Cour de Cassation ait décidé

(45) Planiol et Ripert, t. VIII, n° 551.

(46) Planiol et Ripert, t. IX, n° 1215.

(47) H. Solus, *op. cit.*, p. 245.

(48) Paris, 15 mars 1895, D. 96-2-145 et note Planiol ; Req. 16 février 1910, D. 1912-1-183 ; 28 déc. 1910, D. P. 1911-1-451.

qu'il n'y avait à prouver aucune faute puisque, au contraire, elle constate dans le même arrêt l'existence d'une faute, ce qui est d'ailleurs conforme à toute la jurisprudence antérieure. D'ailleurs, statuant en matière notariale, la Cour de Cassation a encore affirmé récemment la nécessité qu'une faute soit établie d'une façon positive ⁽⁴⁹⁾.

Sans doute, invoquera-t-on que notre thèse, selon laquelle la responsabilité de l'agent de change est fondée sur un mandat d'intérêt public, se heurte également à cette jurisprudence qui, tout en constatant l'existence du mandat, sanctionnait cette responsabilité par les articles 1382 et suivants et constatait l'existence d'une faute.

Car, dira-t-on, si nous fondons la responsabilité de l'agent de change sur les règles du mandat, il s'agit alors d'une responsabilité contractuelle et par conséquent celle-ci se trouve engagée sans qu'il soit besoin de prouver la faute, ce qui — selon nous — est précisément contraire à la jurisprudence. Mais, est-il certain que la responsabilité du mandataire, fondée sur l'article 1992, soit engagée sans que la preuve d'une faute soit rapportée ? On a dit qu'une fois le préjudice établi et l'existence de l'obligation, l'inexécution de celle-ci faisait présumer la faute du mandataire ⁽⁵⁰⁾.

Pendant, la plupart des arrêts retiennent dans leurs motifs les circonstances fautives qui mettent en jeu la responsabilité des mandataires.

D'ailleurs, les termes mêmes de l'article 1992 semblent bien démontrer l'exigence qu'une faute soit établie et la Cour de Cassation a, dans un arrêt ancien ⁽⁵¹⁾, jugé qu'en l'absence de constatation d'une

(49) Req. 28 avril 1936, D. P. 1936-1-74.

(50) Planiol et Ripert, t. XI, n° 1474.

(51) Code civil annoté, Dal. art. 1992, n°s 27 et s ; Civ. 21 mai 1822, J. G. Dal., V° Mandat, n° 214, 194-2°.

faute, la responsabilité du mandataire ne saurait être engagée.

La faute de l'article 1992 ne présente donc pas de différence essentielle avec celle de l'article 1382 dont il n'est qu'une des nombreuses applications et c'est peut-être ce qui explique le fait que la jurisprudence se soit souvent basée sur l'article 1382 pour sanctionner la responsabilité de l'agent de change.

§ 4.

Etant ainsi établi en principe que l'agent de change est investi d'un mandat d'intérêt public et qu'il est responsable à ce titre en cas de faute prouvée, il nous reste à établir quelles sont les conséquences de ce principe quant à l'étendue de sa responsabilité.

Et tout d'abord : pour que la responsabilité de l'agent de change soit engagée, est-il nécessaire que le contrat de mariage stipule sous le régime de communauté que l'obligation de remploi est opposable aux tiers ?

La jurisprudence n'a jamais eu, à notre connaissance, à trancher le problème. Toutefois, la question lui fut soumise sous un autre aspect : celui de savoir si les clauses d'exonération de la responsabilité des tiers pouvaient profiter aux agents de change. Or, on peut, en somme, considérer que, sous le régime de communauté, cette exonération des tiers existe non en vertu d'une clause spéciale mais de plein droit.

Et longtemps la jurisprudence a assimilé les agents de change aux tiers débiteurs ou acquéreurs et les a fait bénéficier des mêmes exonérations⁽⁵²⁾.

(52) Jurisprudence précitée.

Dans ce système ancien, il semble logique que les agents de change ne soient tenus de veiller au remploi sous le régime de communauté que si une clause spéciale impose cette obligation aux tiers. Mais à la même époque, la jurisprudence adoptait une solution contraire en ce qui concerne les notaires⁽⁵³⁾.

La responsabilité de ces Officiers ministériels était retenue alors même qu'ils n'étaient pas les mandataires des parties, pour le motif qu'ils n'ont reçu le droit d'authentifier les actes qu'autant qu'ils sont licites et ne peuvent donc recevoir d'actes qui révéleraient un défaut de remploi ou un remploi irrégulier, c'est-à-dire un acte illicite. C'est une obligation professionnelle susceptible d'entraîner des sanctions disciplinaires, affirme la Cour de Cassation.

La Cour Suprême a posé en principe que, pour ce motif, il ne dépendait pas d'une clause quelconque d'un contrat de relever le notaire de cette obligation professionnelle. Les notaires ne bénéficiaient donc pas des clauses exonérant les tiers acquéreurs ou débiteurs de toute surveillance.

La notion de l'agent de change mandataire d'intérêt public, tenu lui aussi d'obligations professionnelles inhérentes à son mandat, s'étant depuis dégagée, il devenait nécessaire d'appliquer à la responsabilité de l'agent de change les principes appliqués à la responsabilité notariale. La Cour de Cassation, revenant sur sa jurisprudence, a donc posé également en principe que les agents de change ne pouvaient invoquer à leur profit les clauses d'exonération générale stipulées en faveur des tiers⁽⁵⁴⁾.

Il faut donc admettre — selon nous — dans le

(53) Paris, 13 janvier 1899, D. 99-2-323 ; Req. 16 février 1910, D. P. 1912-1-183.

(54) Civ. 9 mai 1923, S. 1923-1-361.

même esprit, que les agents de change ne peuvent soutenir que la charge de surveiller les remplois ne leur incombe que dans le cas où une clause stipule la responsabilité des tiers. Ils ne peuvent invoquer — selon nous — les exonérations conventionnelles, ni les exonérations existant de plein droit. Et cela paraît logique car, en effet, agissant comme mandataires, et comme mandataires d'intérêt public, c'est-à-dire ne pouvant accomplir qu'un mandat licite, il importe peu que la clause de remploi soit ou non opposable aux tiers puisque cela ne rendrait pas pour autant l'acte licite au regard de la mandante.

On peut donc admettre pour acquis, d'une part, qu'indépendamment de toute clause, les agents de change sont tenus à la surveillance du remploi sous le régime de communauté au même titre que sous le régime dotal et, d'autre part, que les clauses générales limitant la responsabilité des tiers ou même exonérant ces derniers totalement sous certaines conditions, ne peuvent leur profiter.

En tout état de cause les agents de change sont donc tenus à surveiller la matérialité, l'utilité et la validité du remploi.

§ 5.

On peut cependant se demander s'il ne serait pas possible de limiter la responsabilité de l'agent ou même de l'en exonérer sous condition, au moyen d'une clause expresse et spéciale. Autrement dit, si l'agent de change ne peut bénéficier des exonérations faites pour les tiers ne peut-il bénéficier d'une exonération qui serait faite pour lui ?

Une telle formule se trouve notamment recommandée par M. Amiaud, qui stipule que l'agent de change

ne sera tenu de veiller qu'à la matérialité du remploi⁽⁵⁵⁾.

Dans quelle mesure une telle clause serait-elle valable ?

On a prétendu⁽⁵⁶⁾ qu'une telle clause n'était que l'application de la règle de la liberté des conventions matrimoniales. Les époux ont le droit de stipuler toutes les clauses non contraires à l'ordre public. Ils peuvent décider que leurs biens seront librement aliénables comme ils peuvent aussi mettre des conditions à cette aliénation.

Si les époux, peut-on dire, n'avaient pas stipulé l'obligation de remploi, les agents de change n'auraient encouru aucune responsabilité. Dès lors que les époux sont en droit de régler à leur gré par le pacte matrimonial les conditions d'aliénabilité de leurs biens, pourquoi ne seraient-ils pas libres de fixer à leur gré l'étendue de la responsabilité des agents de change. L'argument paraît évidemment très fort.

Cependant, plusieurs auteurs ont émis des doutes sérieux sur la validité de la clause qui aurait pour but d'exonérer l'agent de change de la surveillance de l'utilité et de la validité ou suffisance du remploi⁽⁵⁷⁾.

Ils se basent notamment sur la notion nouvelle de la responsabilité de l'agent de change.

S'il s'agit — en effet — disent-ils — d'une obligation professionnelle (et nous dirons, dans notre système, d'un mandat d'intérêt public) dès lors que les époux ont restreint l'aliénabilité de leurs biens ou l'ont conditionnée, il ne leur appartient pas de délier les Officiers ministériels de leurs obligations ou de

(55) Amiaud, t. I, V^o Contrat de mariage ; Note Planiol et Ripert t. VIII, n^o 635.

(56) Esmein, note S. 1923-1-362, col. 2 ; H. Solus, *op. cit.*, p. 244.

(57) Planiol et Ripert t. VIII, n^o 651 ; t. IX, n^o 1215.

limiter ces obligations. Le mandat confié à l'agent de change serait illicite et contraire à l'intérêt public qui caractérise sa qualité de négociateur officiel, s'il devait avoir pour but de faciliter une aliénation sans remploi dans des conditions interdites par le contrat de mariage.

Cette thèse semble plus conforme à l'esprit actuel de la Cour de Cassation. La Cour Suprême n'a cependant jamais eu à trancher nettement la question de validité de cette clause. Toutefois, dans un arrêt récent, statuant en matière de responsabilité notariale, la Cour de Cassation a décidé d'une façon très nette que le notaire pouvait être déclaré responsable d'un remploi malgré la stipulation du contrat de mariage le dispensant de veiller à l'utilité du remploi si, du moins, une faute était établie à son encontre⁽⁵⁸⁾.

Nous avons vu précédemment que la jurisprudence sur la responsabilité des agents de change a maintenant rejoint la thèse qu'elle avait consacrée en ce qui concernait les notaires en fondant ces deux responsabilités sur la fonction elle-même.

Il semble donc que l'on doive encore dans ce cas spécial décider que l'agent de change ne peut se prévaloir d'une clause le dispensant de veiller à l'utilité du remploi, à sa validité et à sa suffisance. Une telle clause serait contraire à l'essence même de son mandat.

§ 6.

Ainsi précisée, l'étendue des obligations de l'agent de change, nous nous en voudrions d'insister à nouveau sur ce que comporte son obligation de surveillance de la matérialité, de l'utilité et de la validité

(58) Cass. Req. 28 avril 1936, précité.

du remploi dont nous avons déjà maintes fois analysé les éléments.

Nous nous bornerons donc à examiner quand et comment l'agent de change est-il considéré comme ayant accompli son mandat, quand se trouve-t-il déchargé de toute responsabilité.

Plusieurs hypothèses sont à envisager :

A. — *Il s'agit d'une négociation et le remploi doit avoir lieu en valeurs mobilières :*

L'agent de change est le plus généralement chargé de l'acquisition de ces nouvelles valeurs. Il exécutera donc lui-même le remploi en remployant toute la somme disponible en valeurs autorisées par le contrat de mariage et en faisant immatriculer les nouveaux titres au nom de l'épouse et en observant les formalités prescrites par les articles 1434 et 1435. Il agira prudemment en se faisant remettre en outre l'acceptation du remploi par la femme.

B. — *Il s'agit d'une conversion de titres nominatifs en titres au porteur :*

Nous avons, au début de cet ouvrage, émis l'opinion que cette opération n'était pas de celles qui donnaient lieu à remploi si le contrat de mariage ne stipulait pas l'obligation de mettre les valeurs de la femme au nominatif. Cette opinion personnelle, dont nous reconnaissons volontiers les conséquences dangereuses, n'est admise ni en pratique, ni en jurisprudence⁽⁵⁹⁾.

Lorsque l'agent de change aura donc procédé à la conversion au porteur, il ne pourra remettre les titres

(59) Trib. Seine 13 mars 1917, Dr. Fin. 1917-86.

aux mains du mari ou de son mandataire spécial que sur la justification du emploi.

Il serait toutefois possible que le contrat de mariage ait prescrit les conditions dans lesquelles ces titres pourraient être conservés par les époux; par exemple au moyen d'un dépôt dans les caisses de l'établissement débiteur ou entre les mains d'un séquestre judiciaire, si l'on admet son institution valable à titre définitif.

L'agent de change devra exiger que le récépissé délivré par le dépositaire soit immatriculé au nom de la femme en mentionnant l'obligation de emploi, l'origine des deniers et la stipulation que les titres ont été acquis à titre de emploi. Pratiquement c'est l'agent de change qui doit effectuer cette remise entre les mains du dépositaire. C'est donc à lui que ce récépissé sera délivré. Il constitue sa décharge. Il sera donc nécessaire qu'il mentionne que le dépôt a été effectué par l'agent de change agissant pour le compte de la propriétaire.

D'autre part, si ce récépissé constitue la décharge de l'agent de change, il est cependant nécessaire que la femme propriétaire, ou son mari, ait un titre à l'égard du dépositaire, car c'est désormais vis-à-vis d'eux que ce dépositaire est responsable de son dépôt. Et pour être régulier, ce titre doit émaner du dépositaire lui-même.

Nous préconisons donc deux solutions : soit que l'établissement dépositaire délivre à la fois deux récépissés à l'agent de change, l'un pour le décharger personnellement, l'autre destiné à être remis à la propriétaire qui en donnera elle-même récépissé, soit au contraire que l'agent de change lui remette le récépissé à lui délivré par le dépositaire contre remise d'un récépissé relatant les termes du titre remis.

La prudence des futurs époux consisterait d'ailleurs à stipuler que ce dépositaire ne sera lui-même déchargé que par la remise des titres au porteur aux mains de l'Officier ministériel : agent de change ou notaire.

D'autre part, au cas où ces titres au porteur doivent être remployés en immeubles, l'agent de change ne sera libéré que dans les conditions où il peut l'être dans l'hypothèse où les deniers provenant d'une négociation sont destinés à être employés en immeubles.

C. — *Hypothèse d'une négociation de valeurs mobilières dont le prix doit être remployé en immeubles :*

Dans quelles conditions l'agent de change sera-t-il libéré ?

Dans l'état antérieur de la jurisprudence où l'agent de change était assimilé aux tiers, les contrats contenaient fréquemment une dispense de surveiller l'utilité et la validité du emploi, le débiteur étant libéré par la remise des fonds aux mains du notaire qui procédait à l'acte de vente, ou entre les mains du vendeur de l'immeuble acquis en emploi.

La question s'est posée de nombreuses fois en présence de remplois frauduleux faits grâce à la complaisance de notaires ou d'agents d'affaires. On négociait des titres dotaux, puis on faisait acquérir en emploi des terrains à des prix considérablement supérieurs à leur valeur ; sur le vu de l'acte d'acquisition réalisé par notaire, l'agent versait le produit de la négociation entre ses mains, lequel produit était remis à l'agent d'affaires vendeur qui partageait le butin avec le mari et ses complices.

En ces circonstances, quelle était la responsabilité de l'agent de change ?

On a souvent jugé que, tenu seulement à veiller à la matérialité du remploi et non à l'utilité et suffisance du remploi, il était libéré par la remise des fonds au notaire et par la justification d'un acte notarié constatant le paiement aux mains du vendeur de l'immeuble acquis en remploi, si du moins il n'a commis aucune faute dans sa surveillance et s'est libéré dans les conditions prévues au contrat, c'est-à-dire entre les mains des personnes à ce habilitées, notaires ou vendeurs ⁽⁶⁰⁾.

Dès lors que l'agent de change a reçu justification qu'un remploi a été effectué et que l'acte paraît avoir été réalisé avec une apparente régularité, il importe peu que ce remploi ait été accompli dans des conditions frauduleuses s'il pouvait ignorer cette fraude, puisqu'il n'était tenu que de la matérialité du remploi et n'avait donc pas à s'assurer de la valeur du bien acquis en remploi.

Il n'en serait autrement que si une faute avait été commise, si, par exemple, l'agent de change avait pu connaître facilement qu'il ne s'agissait que d'une opération fictive et non d'un remploi réel ⁽⁶¹⁾.

Dans une autre opinion, l'agent, même tenu seulement de la matérialité du remploi, doit s'assurer qu'il s'agit d'un remploi réel et ne doit pas seulement se contenter de la justification d'un acte d'apparence régulière car un remploi fictif doit être assimilé à un défaut de remploi ⁽⁶²⁾. Et dans cette thèse, l'agent ne

(60) Paris, 21 février 1896, S. 98-2-289, note Wahl ; Paris, 11 déc. 1895, S. 98-2-9, note Tissier ; Paris, 13 janvier 1899, D. 99-2-323 ; Cass. 11 juil. 1898, S. Chron. 98-1-238 ; Paris, 30 mars 1898, D. 98-2-300 ; S. 99-2-37 ; Paris, 15 mars 1895, D. 96-2-265 ; D. 96-2-145 ; Trib. Seine, 12 mai 1893, *Gaz. Pal.*, 93-1-741 ; Paris, 15 avr. 1899, *Gaz. Trib.*, 2^e p., 117-2-99 ; Cass. 15 févr. 1898, D. 98-1-429 ; Grenoble, 22 juin 1897, *Le Droit*, 25 août 1897.

(61) Bordeaux, 7 avril 1897, D. 97-2-510.

(62) Limoges, 14 janvier 1862, S. 1862-2-344 ; Trib. civ. Toulouse, 21 janvier 1897, *Gaz. Pal.*, Tab. 97-02, V^o Dot n^o 162-163 ; Toulouse, 18 janvier 1893, *Gaz. Pal.*, 1893-1-189 ; Req. 20 mars 1894 ; Pand. 95-1-403 ; note Tissier, S. 1898-2-9.

se trouve pas libéré par la remise des fonds dans les conditions prévues au contrat s'il n'a pas vérifié la réalité du emploi.

Cette discussion ne peut évidemment exister qu'autant que l'on admet que les agents de change peuvent bénéficier d'une clause dispensant de la surveillance, de l'utilité du emploi et de sa validité.

Dans les hypothèses où, à l'inverse, les tiers étaient tenus de la surveillance, de la matérialité, de l'utilité et de la validité du emploi, la jurisprudence admettait, au contraire, que l'agent était responsable de toutes les conséquences d'un emploi irrégulier, même s'il avait remis les fonds à un notaire chargé de procéder à ce emploi, s'il n'avait eu justification d'un emploi réel, utile et valable ⁽⁶³⁾.

Si donc l'on admet aujourd'hui que les agents de change, au même titre que les notaires, ne peuvent profiter des exonérations faites pour les tiers sous la seule condition de se libérer entre les mains de l'Officier ministériel chargé du emploi, l'arrêt de la Cour de Cassation du 9 mai 1923 ne fait en somme que reproduire la doctrine de ses arrêts précédents quand elle rend responsable l'agent de change d'un emploi fictif alors qu'il s'était libéré entre les mains d'un notaire chargé précisément de faire le emploi en immeubles.

Toutefois, de nombreux auteurs ⁽⁶⁴⁾ ont critiqué cette décision.

Ils ont soutenu qu'en présence d'une clause de ce genre qui exonérerait les tiers de toute responsabilité à charge de se libérer entre les mains de l'agent de

(63) Req. 7 juillet 1891, D. 92-1-185, conclusions M. Lepelletier ; Cass. 31 octobre 1904, Pand. 1905-1-106.

(64) Esmein, note précitée ; Planiol et Ripert, t. IX, n° 1215 ; Solus, *op. cit.*, p. 243. En ce sens Trib. Seine, 9 août 1895, S. 1904-2-314 ; 30 avril 1926 *Droit Financier*, 1926-254 ; Paris, 30 mars 1898, précité.

change chargé du emploi en valeurs mobilières ou du notaire chargé du emploi en immeubles, la responsabilité de ces Officiers ministériels ne pouvait être cumulative mais seulement alternative.

Cette clause signifierait seulement que c'est l'Officier chargé du emploi qui est responsable de ce emploi dans tous ses éléments, mais que celui qui a procédé à la vente peut se libérer entre les mains de l'autre dans les mêmes conditions qu'un tiers, c'est-à-dire sans aucune surveillance.

Le raisonnement se base sur la spécialisation des fonctions. Ces auteurs soutiennent que si la responsabilité du emploi est désormais concentrée sur l'agent de change et le notaire et que leur responsabilité est professionnelle, ils ne peuvent être chacun chargés que de vérifier ce qui est de leur compétence professionnelle. Impossible, dit-on, d'imposer à l'agent de change un contrôle de la valeur d'immeubles qu'il ne peut connaître, qui peuvent être situés très loin de sa résidence. Seul le notaire peut exercer ce contrôle. La responsabilité de ces Officiers ministériels ne peut donc être qu'alternative.

Pour notre part, nous estimons que, pour aussi lourdes que soient les conséquences de la jurisprudence, il faut cependant s'y rallier.

En effet, soutenir que l'agent de change peut se libérer sans contrôle entre les mains du notaire chargé du emploi parce qu'il serait seul compétent pour vérifier la régularité d'un emploi immobilier, revient en somme à assimiler dans ces cas l'agent de change à un tiers quelconque qui est libéré par la quittance du notaire.

Or cela est précisément contraire au principe jurisprudentiel admis par ces mêmes auteurs, à savoir que les Officiers ministériels ne peuvent bénéficier des exonérations applicables aux tiers.

Il est vraiment impossible de scinder ainsi la fonction de l'agent de change et de dire qu'il est assimilé à un tiers et n'est plus responsable au titre de sa fonction quand le remploi doit avoir lieu en immeubles et qu'il n'est pas, au contraire, assimilé à ces tiers quand le remploi a lieu en valeurs mobilières. Il ne dépouille à aucun moment sa qualité d'Officier ministériel, c'est toujours à ce titre qu'il doit être responsable et par conséquent la seule remise des fonds à remployer entre les mains du notaire chargé du remploi ne peut suffire, comme l'a jugé la Cour de Cassation, à libérer l'agent de change.

La clause spéciale aux termes de laquelle l'agent de change serait libéré par la remise des fonds au notaire chargé du remploi sans avoir à se préoccuper de celui-ci et sans en être responsable, même en cas d'inexécution, ne nous paraît même pas valable.

En effet, si l'on admet qu'il est impossible de limiter par contrat de mariage la responsabilité de l'agent de change, cette clause constituerait précisément l'une de ces limitations puisque l'agent de change n'aurait ainsi aucune surveillance à exercer et serait déchargé définitivement par cette remise des fonds au notaire chargé du remploi.

On voit, par conséquent, combien la responsabilité de l'agent de change peut être lourde en matière de remplois puisqu'aucune clause d'exonération ne peut être valablement stipulée en sa faveur et que son contrôle doit s'exercer d'une façon absolue jusqu'à l'accomplissement définitif du remploi et qu'il répond des fautes mêmes légères qu'il commettrait dans son contrôle puisqu'il est un mandataire salarié.

SECTION IV

LES NOTAIRES

En fait, il est plus rare que la responsabilité des notaires soit recherchée en matière de valeurs mobilières car, pratiquement, les emplois qu'ils sont chargés d'effectuer sont des emplois en immeubles.

Notons, toutefois, que les principes que nous venons d'établir concernant l'agent de change, la jurisprudence les avait appliqués depuis longtemps au notaire.

Elle avait d'une façon constante jugé que la responsabilité du notaire pouvait être engagée non seulement comme mandataire mais aussi à titre professionnel, son rôle ne se bornant pas à recevoir des actes mais comportant essentiellement des devoirs de conseil et le devoir de se refuser à accomplir des actes irréguliers ⁽⁶⁵⁾.

A ce titre, la jurisprudence décide également qu'il ne peut se prévaloir des clauses exonérant les tiers de la surveillance, de l'utilité, de la suffisance et de la validité des emplois. Et pour les mêmes motifs déjà indiqués en ce qui concerne l'agent de change, nous estimons que les notaires ne sauraient se dégager de leurs obligations par une clause quelconque les concernant spécialement et qui les exonérerait de toute surveillance du emploi.

Ce que nous avons dit de l'agent de change s'applique donc aussi au notaire et il faut admettre notamment que le notaire vendeur d'immeubles dont le prix doit être remployé en valeurs mobilières ne serait pas libéré par la simple remise des fonds à l'a-

(65) Jurisprudence précitée, notes 48-53-58.

gent de change chargé du emploi, mais serait, au contraire, tenu de veiller à la bonne et entière exécution de ce emploi.

Au point de vue spécialement notarial, trois hypothèses peuvent être envisagées :

1° Un notaire charge un agent de change de procéder à une négociation de titres nominatifs appartenant à une femme mariée, sa cliente, dont le contrat contient une clause de emploi, le emploi devant être effectué en valeurs mobilières.

L'hypothèse n'est plus identique à celle où le notaire remet les fonds à l'agent de change pour acheter des valeurs mobilières. En la circonstance, il remet les titres nominatifs eux-mêmes et c'est l'agent de change qui va procéder à la négociation et au emploi. Au cas où le emploi serait effectué irrégulièrement, quelle peut être la responsabilité du notaire ? L'hypothèse est fréquente dans la pratique notariale. Il est vrai que la corporation des agents de change offre de telles garanties de sécurité que l'on ne peut avoir aucune crainte à ce sujet et qu'aucun exemple de jurisprudence n'est à citer. Mais le cas pourrait se produire et on peut se demander quelle solution devrait être donnée.

Il semble qu'en réalité aucune responsabilité ne pourrait exister à la charge du notaire. En effet, dès lors que le notaire a transmis à l'agent de change les titres nominatifs et l'ordre du client, il a accompli son mandat. L'agent de change n'est pas son mandataire substitué, il est le mandataire direct du client dont le nom est inscrit sur le certificat nominatif et il est directement comptable du prix de ces valeurs envers leur propriétaire et non envers celui qui lui a transmis l'ordre de vente⁽⁶⁶⁾.

(66) Cass. Req. 30 avril 1895, D. P. 99-1-337.

Le plus souvent d'ailleurs, les agents de change se font donner directement une procuration authentique de procéder à la négociation.

Par conséquent, il serait excessif de rendre le notaire responsable d'une opération qui, en somme, lui devient étrangère lorsque l'agent de change est en possession des certificats nominatifs. Il en est surtout ainsi quand l'agent est investi directement du mandat de négocier, car le notaire ne peut être responsable des conséquences du mandat qu'il a enregistré par acte authentique.

2° Dans le cas où les établissements débiteurs n'exigent pas l'intervention d'un agent de change, les notaires peuvent faire procéder eux-mêmes à des transferts.

Au cas où le emploi ne serait pas effectué, l'établissement engagerait évidemment sa responsabilité, mais il semble que le notaire, qui se serait ainsi immiscé dans une opération qui n'est pas spécifiquement de sa compétence, ne pourrait voir peser sur lui une responsabilité moins lourde que celle de l'agent de change dont il a rempli les fonctions.

Il agit, en effet, en qualité de mandataire dont il ne peut dépouiller sa qualité d'Officier ministériel et il commettrait une faute dans son mandat s'il ne surveillait pas le emploi. Cette faute serait d'ailleurs indivisible avec celle de l'établissement débiteur.

3° Une fonction est spécialement dévolue aux notaires en matière de valeurs mobilières, celle de délivrer des certificats de propriété pour parvenir aux mutations des titres nominatifs.

Lorsque, parmi les nouveaux titulaires, se trouve une femme mariée dont le contrat adopte le régime dotal ou l'obligation de emploi, si le nouveau titre est frappé de cette charge, le notaire certificateur doit mentionner dans la réquisition d'immatricu-

cule que le titre est dotal ou soumis à emploi (art. 21 de la circulaire du 23 janvier 1935 et art. 33 du décret du 26 octobre 1934).

Si, d'autre part, le précédent titulaire était une femme mariée dont le titre était grevé de la charge de emploi, il appartient au notaire de vérifier dans son visa l'origine de propriété régulière et de certifier que le titre est devenu disponible.

Le rôle de l'établissement émetteur et du Trésor est de se conformer strictement à cette réquisition d'immatricule et leur responsabilité se trouve entièrement dégagée du fait de la mutation s'ils se sont conformés au certifié (art. 26 du décret du 26 octobre 1934).

Le certificat de propriété est établi sous la seule responsabilité du notaire et cette responsabilité nous apparaît du même ordre que celle de l'agent de change certificateur de vente, c'est une responsabilité absolue qui est engagée même sans que le notaire ait commis de faute.

Cependant, une fois la mutation réalisée, il nous semble que l'établissement émetteur ne saurait prétendre réaliser un transfert du nouveau titre sans contrôle de la capacité de la nouvelle titulaire sous le prétexte que le certificat de propriété qui a servi à l'établissement de l'immatricule ne mentionne pas une restriction de cette capacité telle qu'une obligation de emploi.

Il ne s'agirait plus alors de l'application de l'article 26 du décret du 26 octobre 1934, c'est-à-dire d'une responsabilité due au fait de la mutation, mais d'une responsabilité née du fait du transfert et la mutation ne peut affranchir l'établissement de son devoir de contrôler la capacité du propriétaire par la communication de son contrat de mariage.

SECTION V

LES RECOURS

A. — RECOURS DE LA FEMME

Celui qui est tenu à titre principal du remploi, c'est évidemment le mari car il est tenu d'une obligation de faire exécutable, au cours du mariage, et il doit, après le mariage, restituer la dot de sa femme.

Mais, en outre, l'opposabilité aux tiers de la clause de remploi confère à la femme un recours contre les tiers qui ont participé aux remplois dans des conditions défectueuses. Lorsque l'action révocatoire ne peut triompher par le jeu des règles spéciales au droit financier, c'est sous forme de dommages-intérêts qu'elle pourra obtenir la reconstitution de sa dot indûment aliénée. Elle l'obtiendra du moins dans la mesure du préjudice subi par le défaut de remploi, car on doit tenir compte de ce qui a profité à la femme.

Au contraire, les tiers ne sauraient se prévaloir de ce que la femme aurait elle-même commis des imprudences qui auraient permis d'éluder les obligations de remploi, pour se dérober eux-mêmes aux conséquences du défaut de remploi.

Le régime dotal — et peut-on dire l'obligation de remploi — ont été adoptés pour protéger la femme non seulement contre la gestion du mari mais aussi contre sa propre impéritie, ses imprudences et ses entraînements ⁽⁶⁷⁾.

On ne doit donc pas diminuer la réparation du défaut de remploi sous le prétexte que la femme a

(67) D. 1905-2-107 ; D. 1898-1-330.

elle-même participé aux opérations qui l'ont, en définitive, lésée.

Il semble, au contraire, que si la femme avait elle-même participé à des manœuvres dolosives qui auraient eu pour but de masquer ou de maquiller l'opération de remploi aux yeux des tiers, elle se serait engagée par son délit et en serait responsable sur ses biens ⁽⁶⁸⁾.

Les tiers responsables le sont d'ailleurs solidairement à l'égard de la femme, car ils ont tous participé à une faute commune, qui est indivisible ⁽⁶⁹⁾. Le recours de la femme exercé contre eux n'est d'ailleurs pas un recours subsidiaire, car, à raison de cette solidarité, il n'est pas nécessaire que l'insolvabilité du mari soit préalablement démontrée ⁽⁷⁰⁾.

Sous le régime dotal, il semble que l'action en responsabilité qui milite en faveur de la femme puisse être exercée durant le mariage par le mari lui-même qui, bien que tenu à la restitution de la dot, est en droit d'agir comme administrateur des biens de sa femme durant le mariage. Le même droit nous paraît devoir être accordé à la femme. Cependant, on peut objecter qu'aux termes de l'article 1549, le mari seul a le droit de poursuivre les débiteurs ou détenteurs de biens dotaux.

Même en présence de ce texte, nous pensons que l'action en responsabilité peut être intentée par la femme si on admet qu'elle peut, durant le mariage, contraindre le mari à exécuter le remploi ou même le faire elle-même. Ce droit serait purement théorique et comme paralysé si l'on n'admettait pas qu'il est sanctionné par l'action en justice.

(68) D. 98-1-330.

(69) D. 98-1-330 ; D. 95-1-45 ; D. 1906-2-299 ; D. 1905-2-107.

(70) D. 1905-2-107.

Sous le régime de communauté, la question est hors de doute, car si le mari peut exercer les actions mobilières, ce n'est pas un droit qui lui est réservé exclusivement (art. 1428).

Après le mariage, l'action appartient évidemment à la femme seule.

B. — PRESCRIPTION

En ce qui concerne la durée de l'action en responsabilité, qui se distingue de l'action révocatoire de l'article 1560, il semble que fondée, soit sur le mandat, soit sur une faute professionnelle, soit sur l'inexécution des conditions de la vente, soit sur l'irrégularité d'un paiement, la prescription soit de trente ans.

Cependant, lorsque l'action en responsabilité est dirigée contre l'agent de change agissant comme certificateur de rentes, il y a lieu d'appliquer la prescription quinquennale édictée par l'article 16 de l'arrêté de Prairial an X et qui constitue une sorte de forfait légal comme contre-partie de la responsabilité absolue mise à la charge des agents de change ⁽⁷¹⁾.

C. — RECOURS DES TIERS ENTRE EUX

Parmi les tiers responsables du défaut de remploi et dont la responsabilité constitue — à l'égard de la femme — une sorte de cascade, les uns peuvent être tenus à titre définitif et les autres à titre provisoire.

Certains de ceux-ci peuvent avoir eux-mêmes un

(71) D. 1913-1-265 ; Paris, 2 janvier 1890, D. 92-2-257.

recours contre les autres. Notamment le mari étant tenu du remploi à titre principal, dans la plupart des cas les tiers ont un recours contre lui, car ils ne sont tenus qu'à titre subsidiaire. Il peut cependant en être autrement si c'est indépendamment de la volonté du mari que la dot a été compromise.

Notamment s'il est établi que le mari n'a pu ni prévoir ni empêcher la disparition de la dot due à l'imprudence de l'agent de change chargé de la vente des titres et qui, par son défaut de surveillance, a permis à un notaire de la dilapider⁽⁷²⁾. Il en serait de même si la perte de la dot était due à l'imprudence de l'agent de change mandaté par le mari lui-même pour procéder au remploi, car, dans ce cas, il doit lui-même compte au mari de son mandat et par conséquent ne peut recourir contre lui.

D'autre part, si un établissement est responsable d'un transfert effectué sur certification d'un agent de change, il possède également un recours contre cet Officier ministériel, car l'irrégularité du remploi est due à sa certification dont il est responsable.

En principe, il semble que, cependant, c'est celui qui doit procéder à l'acte de remploi qui doit être tenu à titre définitif.

Au contraire, si les tiers participants aux remplois sont tenus au même titre de la même surveillance, il semble que la dette doive se diviser entre eux par fractions égales.

Dans l'hypothèse où les tiers exercent leur recours contre le mari, il apparaît qu'ils bénéficient de la subrogation dans l'hypothèque légale de la femme, en vertu de l'article 1251, § 3.

(72) Cass. 7 juillet 1891, D. 92-1-185.

Bien qu'on ait soutenu que cette subrogation ne pouvait se produire parce que les tiers n'étaient pas tenus de la même dette que le mari ⁽⁷³⁾, il nous semble que c'est à juste titre que la Cour de Cassation l'a admise ⁽⁷⁴⁾.

(73) D. 88-2-45.

(74) Cass. 3 déc. 1888, S. 89-1-121.

CONCLUSION

Nous espérons, à l'issue de cet ouvrage, avoir démontré que les clauses d'emploi et de remploi sont de nature à permettre aux femmes mariées, soit sous le régime de communauté d'acquêts, soit sous le régime dotal, d'obtenir toute sécurité dans la gestion de leurs valeurs mobilières.

Dans cette matière mouvante où interviennent sans cesse des transformations nécessaires d'ailleurs à la bonne administration d'un portefeuille, les risques de perte de la dot étaient beaucoup plus grands qu'en matière immobilière, à raison des facilités d'aliénation des valeurs mobilières, et notamment à raison de leur forme au porteur.

Créer un système juridique de nature à fournir les mêmes garanties existantes pour les immeubles et qui, par ailleurs, ne soit pas trop rigide et ne paralyse pas les avantages et la souplesse inhérents aux valeurs mobilières, tel était le but à atteindre.

Il semble que par l'adaptation pratique des clauses d'emploi et de remploi et l'évolution de leur interprétation jurisprudentielle, on soit parvenu à atteindre ce but.

A la condition de stipuler que les valeurs mobilières de la femme seront mises sous la forme nominative ou que, sous la forme au porteur, elles seront « bloquées dans un établissement, on parvient en somme à retirer au mari toute manipulation directe

des deniers propres de la femme. Les propres parfaits succèdent entre ses mains aux propres parfaits, et, lors de la dissolution du mariage, la femme n'a plus à exercer qu'une reprise en nature hors d'atteinte des poursuites des créanciers du mari ou de la communauté.

Lors de leur mariage, les époux doivent surtout apporter leurs soins à la rédaction toujours délicate de la clause relative à la responsabilité des tiers, car nous avons vu que dans les faits, c'est surtout l'existence de cette responsabilité et le contrôle qui en résulte qui assurent l'exécution du remploi.

A cet égard, il est remarquable de constater la variété des formules validées et appliquées par les Tribunaux et qui permettent à la libre volonté des époux d'alléger l'appareil un peu lourd de ce contrôle des tiers en nuancant leurs responsabilités.

Les époux peuvent ainsi graduer cette responsabilité depuis la responsabilité absolue jusqu'à une responsabilité limitée à la surveillance de la matérialité du remploi ou même à la simple remise des fonds aux mains d'un tiers à ce habilité. Ils peuvent même dispenser les tiers — ou certains tiers — de toute surveillance.

En ce sens, nous avons vu que les tendances de la pratique étaient d'estomper et même parfois de supprimer les responsabilités des tiers pour les concentrer sur ceux qui, professionnellement, doivent intervenir dans les transactions et dont l'intervention est rendue obligatoire : les agents de change et les notaires.

Dans une évolution inverse, nous avons vu que certains tiers : les établissements émetteurs, cherchaient aussi à s'exonérer eux-mêmes en se déchar-

geant sur ces mêmes agents de change du contrôle dont ils sont tenus.

On aurait pu se demander si, dans cette tendance à restreindre de plus en plus la responsabilité des tiers, la pratique ne serait pas parvenue à vider complètement de son contenu l'institution des clauses d'emploi et de remploi.

N'était-ce point ce à quoi tendait la jurisprudence ancienne qui faisait bénéficier les agents de change des exonérations générales stipulées au profit des tiers.

En présence de la réaction jurisprudentielle qui refusait aux agents de change le bénéfice de ces exonérations, n'était-ce point la même tendance qui se révélait dans ces clauses préconisant la limitation spéciale de la responsabilité de ces Officiers ministériels ?

Fort heureusement, la jurisprudence a, en quelque sorte, marqué les frontières de la liberté contractuelle en cette matière en distinguant nettement la responsabilité des tiers en général, de celle des agents de change et des notaires qui est professionnelle et en n'admettant pas, semble-t-il, que cette dernière responsabilité puisse être limitée.

Par le seul fait que les époux veulent se soumettre aux obligations du remploi la responsabilité et le contrôle des agents de change existent. Ils constituent en somme la garantie intangible du remploi.

Ainsi cette responsabilité professionnelle devient, en quelque sorte, l'axe même de l'institution du remploi.

On voit donc que, par leurs efforts conjugués, la pratique et la jurisprudence sont parvenues à protéger utilement les intérêts des femmes mariées en

leur fournissant la solide garantie de professionnels scrupuleux des devoirs de leur charge et en leur permettant du même coup d'adapter leur situation au régime économique et financier actuels par la possession sans risques de valeurs mobilières.

Vu :

LE DOYEN,
E. ALLIX.

Vu :

LE PRÉSIDENT DE LA THÈSE
Henry SOLUS.

Vu et permis d'imprimer :

LE RECTEUR DE L'ACADÉMIE DE PARIS,
S. CHARLÉTY.

BIBLIOGRAPHIE

RECUEILS ET RÉPERTOIRES DE JURISPRUDENCE

DALLOZ. — Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence. Dalloz, 1845-1864.

— Supplément audit répertoire, 1887-1897.

— Répertoire pratique, 1910-1926.

— Nouveau Code civil annoté, éd. 1900.

— Recueil périodique de jurisprudence.

Pandectes périodiques.

Sirey périodique.

Gazette du Palais.

Gazette des Tribunaux.

Semaine Juridique.

Le Droit.

Le Droit Financier.

TRAITÉS GÉNÉRAUX

AUBRY et RAU. — Cours de droit civil, 4^e éd.

BAUDRY-LACANTINERIE. — Traité théorique et pratique de droit civil, 1896.

COLIN et CAPITANT. — Cours élémentaire de droit civil.

GUILLOUARD. — Traité du contrat de mariage, t. II et IV, 1886.

LAURENT. — Principes de droit civil français. Bruxelles, 1876.

LYON-CAEN et RENAULT. — Précis de droit commercial.

PLANIOL et RIPERT. — Traité pratique de Droit civil français.

THALLER et PERCEROU. — Traité de droit commercial élémentaire.

OUVRAGES SPÉCIAUX

- AMIAUD. — Traité formulaire général du Notariat.
- BEZARD-FALGAS. — Traité théorique et pratique du Contentieux des transferts.
- H. CAPITANT. — Des clauses d'emploi et de remploi. *Thèse, Paris, 1889.*
- ESMEIN. — Note au Sirey, 1923-1-363.
- Ch. JULLIOT. — Traité formulaire des titres nominatifs.
- LE DUC. — Du séquestre judiciaire en matière de remploi de valeurs dotales. *Revue Critique, 1913, p. 12.*
- LENFANTIN. — Etude sur les obligations.
- LEVENS. — La responsabilité des tiers en matière de remploi de valeurs mobilières dotales. *Thèse Paris, 1916.*
- MONTAGNON. — Traité sur les Sociétés de Crédit Foncier.
- MOREAU. — Des emplois et remplois de fonds appartenant à des femmes mariées. *Semaine Juridique, 1928, p. 409.*
- H. SOLUS. — Des meubles dans les différents régimes matrimoniaux. Cours, 1931-1932. *Les Cours de Droit.*
- SOUCAILLE. — De la responsabilité des tiers en matière de remploi et d'emploi. *Thèse, Paris, 1896.*

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION	1
------------------------	---

PREMIERE PARTIE

BUT ET UTILITÉ DES CLAUSES D'EMPLOI ET DE REMPLOI

<i>Chapitre I.</i> — Qu'est-ce que la clause d'emploi, son utilité, sa portée	11
<i>a)</i> Régime de communauté	14
<i>b)</i> Régime dotal	17
<i>c)</i> Conclusion	24
<i>Chapitre II.</i> — Comment la clause d'emploi et de remploi remplit-elle son but en matière de valeurs mobilières	27
<i>Section I.</i> — Titres nominatifs	27
<i>a)</i> Aliénations	28
<i>b)</i> Conversions au porteur	32
<i>c)</i> Conversions au porteur des rentes	34
<i>d)</i> Mutations proprement dites	36
<i>Section II.</i> — Titres au porteur	39
<i>a)</i> Aliénations	39
<i>b)</i> Dépôt en banque	44
<i>c)</i> Séquestre	47

DEUXIEME PARTIE

LES CONDITIONS DE L'EMPLOI ET DU REMPLOI

<i>Chapitre III.</i> — Stipulation de emploi. Interpréta- tion. Validité	53
---	----

<i>Chapitre IV. — Quels biens doit-on employer ?</i>	
En quels biens doit-on faire le emploi ?..	63
<i>Section I. — Quels biens doit-on remployer ..</i>	63
a) Obligations à primes et à lots	64
b) Distribution des réserves	65
c) Droit de souscription	66
d) Intégralité du emploi	67
<i>Section II. — En quels biens doit-on effectuer</i>	
le emploi	68
a) Silence du contrat	69
b) Clause spéciale du contrat	71
c) Dérégations à l'autonomie de la volonté ..	77
Rentes sur l'Etat et valeurs assimilées ..	81
<i>Chapitre V. — Règles de forme et de fond de l'em-</i>	
ploi et du emploi	91
<i>Section I. — Règles de fond</i>	91
<i>Section II. — Règles de forme du emploi</i>	96
<i>Titre I. — Doit-on respecter les règles de forme</i>	
en matière mobilière	98
<i>Titre II. — Epoque des déclarations de emploi</i>	
et d'origine des deniers	102
<i>Titre III. — Application de ces principes aux va-</i>	
leurs mobilières	108
A) Titres au porteur	108
B) Titres nominatifs	110
C) Conclusion	117
<i>Titre IV. — Conséquences du défaut de déclara-</i>	
tion d'origine des deniers et de emploi ..	118
<i>Titre V. — Acceptation du emploi et consé-</i>	
quence du défaut d'acceptation	118

TROISIEME PARTIE

LES EFFETS DES CLAUSES D'EMPLOI ET DE REMPLUI

<i>Chapitre VI. — Effets de la clause d'emploi et de</i>	
emploi à l'égard du mari et conséquences	
entre époux du défaut de emploi	125

a) Conséquences sur la capacité d'aliéner de la femme et les pouvoirs d'administration du mari	126
b) Obligations du mari	131
c) Conséquences du défaut de remploi à l'égard du mari	139
<i>Chapitre VII. — Effets de la clause de remploi à l'égard des tiers</i>	
a) Source de l'obligation des tiers	143
b) Quand les tiers sont-ils astreints au remploi	148
c) Etendue de l'obligation	152
d) Clauses limitatives de responsabilité	157
e) Sanction de l'inexécution de l'obligation.	162

QUATRIEME PARTIE

LES RESPONSABILITÉS

<i>Chapitre VIII</i>	171
<i>Section I. — L'acquéreur de valeurs mobilières.</i>	171
<i>Section II. — Les établissements débiteurs</i>	178
a) Fondement de la responsabilité	178
b) Transferts, conversions, remboursements .	182
c) Limitation de la responsabilité par les époux	185
d) Limitation statutaire de la responsabilité.	198
Régime du Trésor	198
Régime des autres établissements	202
e) Sanctions du défaut de surveillance	207
<i>Section III. — L'agent de change</i>	209
a) Source et fondement de sa responsabilité .	209
b) Exonération ou limitation de responsabilité	211
c) Obligations de l'agent de change	226
d) Remploi de valeurs mobilières en immeubles	231

<i>Section IV. — Les notaires</i>	236
<i>Section V. — Les recours</i>	240
a) Recours de la femme	240
b) Prescription	242
c) Recours des tiers entre eux	242
CONCLUSION	245
BIBLIOGRAPHIE	249

IMPRIMERIE DE LA LIBRAIRIE GÉNÉRALE
-:- DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE -:-
- PARIS
